

THÈSE DE
PARIS.
1883
N^o. 113

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
ACTIONS ARBITRAIRES

EN DROIT ROMAIN

DES
CONFLITS D'ATTRIBUTIONS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Maurice SALANSON

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE-DIG

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

ACTIONS ARBITRAIRES

EN DROIT ROMAIN

DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Mardi 26 Juin 1883, à une heure*

PAR

Maurice SALANSON

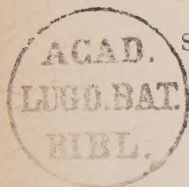
PRÉSIDENT : M. GARSONNET

MM. VUATRIN
DUVERGER
ESMEIN
JOBÉ-DUVAL

} PROFESSEURS

} AGRÉGÉS

SUFFRAGANTS



*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883

MEIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546314_0023

DROIT ROMAIN.



DES

ACTIONS ARBITRAIRES.

DROIT ROMAIN.

DES

ACTIONS ARBITRAIRES.

CHAPITRE PREMIER.

Notions générales.

Les actions, en droit romain, étaient l'objet de classifications multiples. On les classait d'après leur origine, d'après la rédaction de la formule, d'après la nature du droit qui leur servait de base, d'après la nature du fait d'où elles dérivaienent et d'après leur but, enfin d'après l'étendue des pouvoirs conférés au juge.

C'est à cette dernière classification que se rattache la division en actions arbitraires et non arbitraires.

L'intérêt de cette division n'apparaît que si la prétention du demandeur est justifiée; si elle ne l'est pas, ou, ce qui revient au même, si elle est paralysée par une

exception, l'office du juge, dans toutes les actions, est de renvoyer le défendeur absous.

Mais si l'*intentio* de la formule délivrée au demandeur est vérifiée, c'est-à-dire s'il fait la preuve de son droit, le pouvoir du juge diffère, suivant que l'action portée devant lui est arbitraire ou non arbitraire. Si elle n'est pas arbitraire, il procède immédiatement à la condamnation du défendeur; si elle est arbitraire, il offre au défendeur un moyen d'échapper à la condamnation qui le menace, en lui ordonnant de fournir une satisfaction qu'il détermine.

La constatation du droit du demandeur faisait l'objet d'un premier jugement appelé *pronunciatio* ou *declaratio*. Ce jugement, qui avait l'autorité de la chose jugée, était accompagné d'un *arbitrium* et d'un *jussus*. Par l'*arbitrium*, le juge fixait la satisfaction que le défendeur devait fournir au demandeur pour être absous, par le *jussus*, il lui intimait l'ordre de la fournir. S'il refusait d'obéir, il encourait une condamnation dont le montant était déterminé tantôt par le juge, tantôt par le demandeur lui-même. Le demandeur était appelé à faire cette estimation dans deux cas : lorsque le défendeur s'était mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, et lorsque, en mesure de satisfaire à l'*arbitrium*, il se refusait à obéir au *jussus* du juge. On disait dans ces deux hypothèses qu'il y avait lieu au *juramentum in litem*, parce que le demandeur devait prêter serment de ne pas commettre d'exagération dans l'estimation de son droit.

Nous verrons que dans la dernière période du droit formulaire, on permit de recourir à l'exécution *manu militari* de l'*arbitrium*, toutes les fois que la satisfaction pouvait être réalisée sans un acte de volonté du défen-

deur. « *Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrario iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat* » (Inst., liv. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 31).

Le caractère arbitraire de l'action se manifestait par l'insertion dans la formule des clauses *nisi restituat, nisi solvat, nisi exhibeat*. Cicéron nous a laissé dans sa deuxième action contre Verrès la formule d'une action arbitraire : « *Lucius Octavenus iudex esto; si paret fundum Capenatem de quo agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna : si non paret absolve* » (Cicéron, *In Verr.*, *De jurisd. sicil.*, II, 12).

La place de la clause qui donnait au juge le pouvoir d'absoudre le défendeur pouvait varier. Dans l'exemple de Cicéron, elle se trouve dans l'*intentio*. De même dans les formules *in factum* de l'action *depositi* : « *Si paret... redditam non esse,* » que nous donne Gaius (*Com.*, IV, § 47), et dans celle de l'action *quod metus causa* : « *Neque ea res arbitrio iudicis restituetur* » (loi 14, § 41, *Quod metus causa*, liv. IV, t. II).

Il est probable que les mots « *nisi restituat* » pouvaient être placés entre l'*intentio* et la *condemnatio*.

Enfin nous les trouvons aussi insérés dans la *condemnatio* ; tel est le cas, cité par Gaius, de la formule *in jus* de l'action *depositi* : « *Condemnato N. R.* ⁽¹⁾ » (Gaius, IV, § 47).

(1) Ces deux lettres, longtemps illisibles, ont été déchiffrées, il y a quelques années, dans le manuscrit de Vérone.

La raison d'être des actions arbitraires s'explique aisément. Sous la procédure formulaire, jamais le demandeur ne pouvait obtenir en nature la chose même à laquelle il avait droit; toutes les condamnations avaient pour objet une somme d'argent, Gaïus nous le dit expressément : « *Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed æstimata re pecuniam eum condemnat* » (l. IV, § 48).

Ce principe qui, à l'origine, semble avoir été appliqué à toutes les actions personnelles dans le but de soumettre tous les créanciers au même sort, en ramenant les droits de tous à un objet uniforme, fut plus tard étendu aux actions réelles. On conjecture que l'effet novateur de la *litis contestatio*, qui transformait en droit de créance le droit déduit en justice, eut pour conséquence naturelle de faire considérer le demandeur, comme ayant préféré devenir créancier du défendeur plutôt que de poursuivre l'exécution de son droit réel. Cette explication, repoussée par quelques auteurs, a le mérite de faire comprendre pourquoi le *sacramentum* se maintint longtemps, en matière réelle à côté de la procédure formulaire, malgré ses formes surannées.

Si le demandeur qui obtenait la condamnation de son adversaire, avait l'avantage dans le système des condamnations exclusivement pécuniaires, de voir peser sur lui tous les risques, il subissait le double inconvénient, beaucoup plus grave, de ne pas obtenir ce qu'il réclamait et d'être obligé de subir le concours des autres

créanciers par la conversion de son droit réel en simple créance : ce qui l'exposait à souffrir de l'insolvabilité du défendeur.

La création des actions arbitraires fut un remède apporté à cet état de choses ; grâce à elles le demandeur avait chance d'obtenir l'objet même de son droit et d'échapper ainsi aux inconvénients que nous avons signalés. Mais ce remède n'eut toute son efficacité que le jour où l'exécution forcée du *jussus* fut admise.

Jusque-là il me paraît probable que le débiteur insolvable devait refuser toute restitution et que dès lors le demandeur continuait, comme par le passé, à souffrir du concours des autres créanciers. Remarquons que l'avantage d'obtenir la chose même, de préférence à de l'argent, ne se présentait pas seulement dans les actions réelles, mais encore dans certaines actions personnelles comme l'action *depositi* où le demandeur réclamait l'objet déposé.

Il était possible, d'autre part, que le défendeur lui aussi préférât restituer, plutôt que de payer une somme d'argent ; l'action arbitraire lui offrait cette facilité.

Là ne se bornait pas l'utilité des actions arbitraires. Elles répondaient dans d'autres hypothèses à d'autres besoins. Ainsi, dans les actions personnelles *de dolo* et *quod metus causa*, le caractère arbitraire offrait cet avantage au défendeur, qu'en fournissant la satisfaction arbitrée par le juge il évitait l'infamie attachée à l'action de dol, ou la rigueur d'une condamnation au quadruple qui était la conséquence de l'action *quod metus*.

Les notions générales et le but des actions arbitraires étant connus, nous allons rechercher quelles actions présentaient le caractère arbitraire. Dans un troisième

chapitre consacré à l'*arbitrium*, nous étudierons les satisfactions que le juge pouvait imposer au défendeur. Nous parlerons ensuite du *jussus judicis* et des voies de contrainte organisées pour lui assurer l'obéissance du défendeur. Enfin, nous verrons ce que devinrent les actions arbitraires sous Justinien, et ce qu'il fallait entendre par la règle *omnia judicia sunt absolutoria*. Dans un dernier chapitre nous rechercherons quelles sont les actions dans notre droit qui présentent quelque analogie avec les actions arbitraires romaines.

CHAPITRE II.

Quelles actions sont arbitraires?



« *Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur : in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item cum id quod certo loco promissum est petitur; ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quem ad modum actori satisfieri oporteat* » (*Institutes*, liv. IV, t. vi, § 31).

Les mots « *in his actionibus et ceteris similibus* » prouvent, à n'en pas douter, que l'énumération des actions arbitraires contenue dans ce paragraphe, n'est faite qu'à titre d'exemple et que Justinien n'a pas eu la pensée d'en dresser la liste complète.

Parmi les actions arbitraires les unes sont *in rem*, les autres *in personam*.

§ I. *Actions IN REM arbitraires.*

Justinien ne cite comme actions réelles arbitraires que trois actions prétorienes; les actions publicienne, servienne, quasi servienne ou hypothécaire. Il n'en faut pas conclure que les actions prétorienes aient seules été arbitraires. A l'époque classique, sauf la *querela inofficiosi testamenti*, qui ne pouvait être intentée que devant les centumvirs et *per sacramentum*, il est certain que toutes les actions réelles civiles étaient arbitraires, lorsqu'elles étaient exercées *per formulam petitoriam*, procédure la plus généralement employée. La forme arbitraire que revêtait la *formula petitoria* par l'insertion de la clause *nisi restituat* lui faisait même parfois donner le nom de *formula arbitraria* ⁽¹⁾, qualification moins strictement rigoureuse puisqu'elle convenait également à certaines actions personnelles.

Nous trouvons dans les textes la preuve évidente du caractère arbitraire des actions réelles civiles.

Deux lois de Paul et d'Ulpien en font preuve pour la revendication : « *Nec rem arbitrabitur judex mihi restitui* » (loi 35, § 1, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. 1), et plus loin : « *Qui restituere jussus, judici non paret.... : sive actiones in rem ex quibus arbitrato judicis quid restituitur* » (loi 68, *Ejusdem tituli*).

Pour la pétition d'hérédité, un texte de Gaïus met également la question hors de doute : « *Hoc solum offi-*

(1) « *Modo per sponsionem agitur, modo per formulam petitoriam, quæ arbitraria vocatur.* » Gaïus, IV, § 141.

cio judicis restituitur quod adversarius possidet » (loi 10, § 1, *De hereditatis petitione*, liv. V, t. III).

Enfin, le caractère arbitraire des actions confessoire et négatoire est formellement affirmé dans le texte suivant de Paul : « *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis aut res præstetur, aut cautio..... si caverit absolvetur, si vero neque rem præstat neque cautionem, tanti condemnet quanti actor in litem juraverit* » (loi 7, *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (liv. VIII, t. v)).

Quant aux actions prétoriennes, dans l'opinion la plus généralement répandue et qui nous paraît la plus plausible, on admet que de tout temps elles furent arbitraires. Il est probable que la *formula petitoria* fut créée pour elles et que plus tard elle fut étendue aux actions civiles.

On a tiré de cette conjecture une explication du silence que les Institutes gardent sur les actions réelles civiles, dans le paragraphe 31, relatif aux actions arbitraires. Il était plus naturel, a-t-on dit, que le jurisconsulte dont Justinien s'est inspiré citât comme exemples les actions dont la *formula arbitria* était la forme nécessaire et unique, plutôt que les actions réelles civiles qui, lorsqu'elles étaient exercées par la procédure du *sacramentum* ou de la *sponsio*, ne pouvaient jamais être arbitraires ⁽¹⁾.

D'autres auteurs ont proposé une seconde explication. Il est probable, disent-ils, que les commissaires de Justinien, en copiant le texte d'un jurisconsulte qui parlait des actions réelles prétoriennes et civiles, auront supprimé ces dernières qui devaient être désignées sous le

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 950, en note.

nom de *formula petitoria*, parce que cette désignation était tombée en désuétude de leur temps.

¶ Les preuves indiscutables que nous possédons du caractère arbitraire des actions réelles civiles enlèvent tout intérêt à cette question.

§ II. *Actions personnelles arbitraires.*

Les actions personnelles arbitraires, par nature et dans tous les cas, sont moins nombreuses. A l'énumération que donne Justinien dans les Institutes, où il cite les actions *quod metus causa*, *de dolo*, *quod certo loco et ad exhibendum*, nous pouvons ajouter les actions *finium regundorum*, paulienne, faviennienne et calvisienne.

Une opinion assez répandue reconnaît également le caractère arbitraire aux actions noxales.

Enfin, il faut compléter cette liste en ajoutant deux classes d'actions qui peuvent être arbitraires, mais ne le sont pas nécessairement, ce sont : les actions délivrées à la suite d'interdits restitutoires et exhibitoires, et, au jugement d'un grand nombre d'auteurs, les actions de bonne foi, qui tendent à une restitution, à une délivrance.

Action QUOD METUS CAUSA. « *Hæc autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam, usque ad sententiam ab arbitrio datam, restitutionem, secundum quod supra diximus rei facere : quod si non fecerit jure meritoque quadrupli condemnationem patietur* » (loi 14, § 4, *Quod metus causa gestum erit*, liv. IV, t. II).

Le défendeur à l'action *quod metus causa* était menacé, s'il succombait, d'une condamnation au quadruple, ri-

gueur exceptionnelle justifiée par la gravité du dol qu'entraînaient les menaces ou les violences dont le demandeur avait été victime.

Pour permettre au défendeur d'échapper à cette condamnation rigoureuse, l'action *quod metus causa* reçut le caractère arbitraire : « *Satis clementer cum reo prætor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult pœnam evitare* » (loi 14, § 1, *Quod metus causa gestum erit*, liv. IV, t. II).

Grâce à ce caractère, le demandeur de son côté pouvait obtenir le rétablissement de l'état de choses antérieur.

La nécessité d'adoucir la condamnation au quadruple s'imposait d'autant plus, que l'action *quod metus causa* était *scripta in rem* et que, dès lors, elle pouvait frapper un tiers qui, innocent de la violence, avait pu de bonne foi bénéficier de l'acte fait *metu*. Le profit tiré de l'acte déterminé par la crainte suffisait, en effet, à exposer celui qui le réalisait à l'exercice de l'action *quod metus causa*; Ulpien le dit formellement : « *In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim : et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.... Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari : quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur* » (loi 14, § 3, *Quod metus causa gestum erit*, liv. IV, tit. II).

Nous verrons en nous occupant de l'*arbitrium* du juge, quelle satisfaction le défendeur devait fournir pour être absous, dans le cas où il était l'auteur de la violence et dans le cas où il avait simplement bénéficié de l'acte fait sous l'empire de la crainte.

Action DE DOLO. La condamnation du défendeur pour-

suivi par l'action de dol, plus douce au point de vue pécuniaire que dans l'action *quod metus causa*, puisqu'elle se mesurait à l'intérêt du demandeur, avait cependant une rigueur inusitée : elle l'atteignait dans son honneur en le frappant d'infamie. Ici encore, le caractère arbitraire donné à l'action de dol fut une porte ouverte au défendeur pour échapper à l'infamie dont il était menacé, plutôt qu'une protection accordée aux intérêts du demandeur : « *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur : et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est* » (l. 18, princ. *De dolo malo*, liv. IV, t. III).

Action DE EO QUOD CERTO LOCO. Tout demandeur qui agissait par une action ayant une *intentio certa* devait veiller avec le plus grand soin à préciser exactement son droit. Si sa demande était exagérée *re, tempore, causa* ou *loco*, il y avait une *plus petitio* qui entraînait le rejet de ses conclusions et par suite l'extinction de son droit.

La *plus petitio loco* résultait d'une demande faite dans un lieu autre que celui fixé pour le paiement de l'obligation. Vous devez exécuter à Athènes une obligation dont vous êtes tenu envers moi, et je vous poursuis à Rome. Je nemanque pas aux règles de la procédure, mais je viole la loi du contrat, et alors même que son exécution serait moins rigoureuse pour vous à Rome qu'à Athènes, je commets une *plus petitio* qui ne permet pas au juge de faire droit à ma demande. Si l'on songe que, d'autre part, la présence du débiteur au lieu où il devait exécuter son contrat, était une condition indispensable pour le poursuivre, puisque la délivrance de la formule exigeait la présence et le consentement des parties, on voit combien le demandeur était désarmé

en face d'un débiteur de mauvaise foi. Il fallait donc trouver moyen de lui permettre d'atteindre efficacement son débiteur devant tous les *forums* compétents en tenant compte d'ailleurs de l'intérêt que celui-ci pouvait avoir à n'exécuter son obligation qu'en un lieu déterminé. Ce double résultat fut atteint par l'action arbitraire de *eo quod certo loco*.

L'action *de eo quod certo loco* était l'action même née du contrat ; action dont la formule subissait une modification. L'*intentio* contenait la mention du lieu où le paiement devait être fait (*commemoratio loci*) et on y ajoutait la clause *nisi restituat* qui rendait l'action arbitraire.

Grâce à ces deux éléments nouveaux, le demandeur échappait au danger de la *plus petitio loco* et l'intérêt du défendeur était suffisamment sauvegardé, car il évitait la condamnation, soit en promettant d'exécuter son obligation au lieu déterminé, soit en prouvant qu'il avait pris des mesures pour s'y libérer. « *Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est : quid enim, si tibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda* » (loi 4, § 1, *De eo quod certo loco*, liv. XIII, t. iv).

Si le défendeur refusait de promettre, on ne pouvait pas faire la preuve des dispositions prises pour se libérer, le juge le condamnait, mais la plus grande latitude lui était laissée pour apprécier l'intérêt que l'une des parties pouvait avoir à faire, ou l'autre à recevoir, le paiement à l'endroit fixé. « *In summâ æquitatem ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est* » (loi 4, § 1, *eiusdem tit. in fine*).

Action AD EXHIBENDUM. L'action *ad exhibendum* tendait

à obtenir l'exhibition d'une chose pour rendre possible ultérieurement l'exercice d'une action directe (1).

Elle présentait, avec les actions réelles, la plus frappante analogie. Comme la revendication, l'action *ad exhibendum* était donnée contre ceux qui étaient en mesure de représenter la chose ou qui, par leur dol, avaient rendu cette représentation impossible, et comme elle, elle ne pouvait être exercée contre l'héritier du détenteur tenu seulement de son fait ou de son dol personnel. Enfin, de même que la revendication, l'action *ad exhibendum* était arbitraire. En déférant à la clause *nisi exhibeat*, le détenteur pouvait échapper à une condamnation immédiate, mais il restait soumis à l'exercice de l'action directe que l'exhibition rendait possible. S'il refusait d'obéir, il encourait une condamnation qui procurait au demandeur les mêmes avantages que s'il eût agi par la revendication et qui, dès lors, rendait inutile l'exercice de l'action directe. Dans tous les cas, où, par le dol du défendeur, la restitution de la chose était devenue impossible, l'action *ad exhibendum* suppléait la revendication.

Action FINIUM REGUNDORUM. Le caractère arbitraire de l'action *finium regundorum* ou action en bornage nous est affirmé par les Institutes : « *Contumaciæ quoque nomine, quisque eo judicio condemnatur veluti si quis, jubente judice, metiri agros passi non fuerit* » (liv. IV, t. xvii), et, par une loi de Paul : « *Sed si quis judici non pareat in succidenda arbore vel ædificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur* » (loi 4, § 3, *Finium regundorum*, liv. X, t. i).

(1) *Exhibere est facere in publico, ut ei qui agat experiundi sit copia* » (loi 2, *ad exhibendum*, liv. X, t. iv).

Les parties peuvent être tenues dans l'action *finium regundorum* de deux sortes d'obligations, les unes créées par le juge en raison des adjudications qu'il prononce, les autres se rattachant au fait du voisinage. Justinien donne comme exemple une espèce où l'une des parties aurait commis un dol relativement aux limites, volé les pierres ou coupé les arbres qui servaient de bornes; tel serait encore le cas où le juge ordonnerait à l'un des plaideurs de laisser mesurer son fonds, d'arracher un arbre ou de démolir une construction. L'action *finium regundorum* étant arbitraire, la partie échappera à la condamnation qui sanctionne ces obligations diverses, en obéissant au *jussus* du juge.

Le rôle d'action réelle que cette action était d'ordinaire appelée à jouer ⁽¹⁾ explique suffisamment le caractère arbitraire qui lui fut donné. On comprend aisément que le juge chargé de faire cesser la confusion des limites devait souvent, par la nature même des choses, être obligé de trancher un différend sur la question de propriété, comme l'eût fait le juge de la revendication.

Action paulienne. Les créanciers dont l'intérêt avait été lésé par une aliénation frauduleuse, qui diminuait le patrimoine de leur débiteur, gage de leurs créances, étaient armés contre cet acte frauduleux d'une double action paulienne, l'une réelle, l'autre personnelle.

L'action paulienne réelle étant une revendication utile à formule fictive accordée à la suite et en exécution d'une *restitutio in integrum*, nul doute qu'il faille lui reconnaître le caractère arbitraire.

Plusieurs textes d'Ulpien établissent également le ca-

(1) « *Finium regundorum actio in personam licet, pro rei vindicatione est* » (l. 1, *Finium regundorum*, liv. V, t. 1).

ractère arbitraire de l'action paulienne personnelle : « *Arbitrio judicis, non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur* » (loi 10, § 20. *Quæ in fraudem creditorum*, liv. XLII, t. VIII), et plus loin, au paragraphe 22 de la même loi : « *Præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, etc.* »

L'action paulienne personnelle, applicable à tous les actes frauduleux du débiteur l'obligeait lui, les complices de sa fraude et tous ceux qui en avaient profité à titre gratuit, à réparer le préjudice dont souffraient les créanciers, en obéissant à l'*arbitrium*. Ils évitaient ainsi une condamnation et, d'autre part, les créanciers atteignaient sûrement leur but en obtenant l'anéantissement de l'acte frauduleux.

Action Favienne et Calvisienne. Ces deux actions poursuivaient un but analogue à celui de l'action paulienne. Le patron ayant été investi, par le prêteur, d'un droit de succession dont la volonté de son affranchi ne pouvait le priver, il était naturel de l'armer contre tous les actes par lesquels celui-ci aurait frauduleusement tenté de diminuer ses droits, en s'appauvrissant lui-même. Rien qu'en établissant le dol de l'affranchi, alors même que le tiers qui avait traité avec lui eût été de bonne foi, le patron pouvait faire révoquer l'acte frauduleux, par l'action Favienne, s'il existait un testament, par l'action Calvisienne s'il était mort intestat. La bonne foi de l'affranchi ne protégeait même pas les aliénations qu'il avait faites par legs ou par donations *mortis causa*.

Un texte de Paul établit nettement que ces deux actions étaient arbitraires : « *In actione Faviana, si res non res-*

tituatur, tanti damnabitur, reus, quanti actor in litem juraverit » (l. 5, § 1. *Si quid in fraudem patroni factum sit*, liv. XXXVIII, t. v).

Actions noxales. Les actions noxales étaient des actions pénales, civiles ou prétoriennes données contre le maître à raison du délit de son esclave, pour l'obliger soit à réparer le dommage causé, soit à abandonner son esclave. Justinien en donnant la définition des actions arbitraires cite quelques-unes des satisfactions qui permettront au défendeur d'obtenir son absolution : « *Veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat.* » De l'insertion de cette dernière clause qui a trait assurément aux actions noxales, un certain nombre d'auteurs ont conclu d'une manière générale que toutes les actions étaient arbitraires. Nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'il y a là une inexactitude de Justinien, une confusion causée par certaines ressemblances. En effet, la clause *nisi ex noxali causa servum dedat* ne donne aux actions noxales aucun des caractères propres aux actions arbitraires.

Dans l'action arbitraire le juge reçoit le pouvoir de déterminer la satisfaction que le défendeur devra fournir pour se soustraire à la condamnation et si celui-ci n'obéit pas au *jussus* du juge il sera mis plus ou moins à la disposition de son adversaire. Enfin, la condamnation une fois prononcée, le défendeur n'est plus libre de satisfaire le demandeur en fournissant l'objet de l'*arbitrium*.

Nous ne trouvons pas ces caractères, qui sont de l'absence des actions arbitraires, dans les actions noxales. Sans doute, en délivrant la formule, le juge insère que le maître de l'esclave pourra être absous en faisant l'abandon noxal, mais cette faculté particulière offerte au

maître, il la tient de la nature même de l'action, car si le maître est obligé, il l'est *propter rem*, son obligation se limite donc à la valeur de l'esclave coupable, et en l'abandonnant il se délie de toute obligation. D'autre part, l'abandon noxal est laissé au libre arbitre du défendeur; si le juge lui donne l'ordre de le faire, cet ordre n'a que la valeur d'un avertissement qui, dès lors, n'est sanctionné ni par le *juramentum in litem*, ni par l'intervention de la *manus militaris*, double sanction attachée à la désobéissance du défendeur dans les actions arbitraires. Enfin, tandis que dans l'action arbitraire, l'obligation du défendeur est définitivement fixée par la condamnation prononcée contre lui, dans l'action noxale, le maître condamné peut encore se dérober à l'exécution de la condamnation en abandonnant son esclave. L'exercice de l'action *judicati* fera seul disparaître cette *facultas solutionis* ⁽¹⁾. Comment soutenir encore, en présence de si profondes divergences, que les actions noxales sont nécessairement arbitraires?

Néanmoins, ces différences reconnues par les partisans du système adverse, ne leur semblent pas suffisantes pour infirmer l'autorité des Institutes. D'ailleurs, disent-ils, « l'abandon noxal doit être accompagné d'une *cautio* et il peut comprendre des accessoires, tels que les acquisitions faites par l'esclave depuis la *litis contestatio*. Or, ne faut-il pas, qu'avant de rendre sa sentence définitive, le juge règle la forme de ces *cautiones*, détermine ces accessoires, en un mot, fournisse au défendeur les éléments nécessaires pour apprécier le parti qu'il lui conviendra de prendre? Cela est d'autant plus néces-

(1) Loi 20, § 3, *De hereditatis petitione*, liv. V, t. III.

saire que la condamnation aggrave à plusieurs égards la condition du défendeur (1). »

On invoque encore en faveur de ce système un texte de Paul qui, parlant de l'action *legis Aquiliæ* donnée noxalement, dit : « *Arbitrio judicis absolvi eum oportet* » (loi 19 princ., *De noxalibus actionibus*, liv. IX, t. iv). L'action *legis Aquiliæ*, qui n'est certainement pas arbitraire lorsqu'elle est exercée directement, semble, d'après ces mots, le devenir lorsqu'elle est noxale : on en conclut que le caractère arbitraire est attaché à toute action noxale. Cette conséquence ne s'impose pas. Le texte dit bien que le maître sera absous, s'il a fait l'abandon noxal avant la sentence, mais il ne dit pas pour cela qu'elle soit arbitraire.

Entre ces deux opinions, l'une qui dénie, l'autre qui reconnaît aux actions noxales le caractère arbitraire, les auteurs allemands Savigny, Schrader, Zimmern ont prétendu proposer une explication intermédiaire.

D'après ces auteurs, l'action exercée *noxaliter* n'est arbitraire que si elle a ce caractère comme action directe, par exemple, les actions *de dolo* ou *quod metus causa*. Cette proposition est incontestable, mais elle rentre absolument dans l'opinion que nous avons soutenue. Il n'est douteux pour personne qu'une action arbitraire ne perd pas son caractère pour être exercée noxalement, toute la question est de savoir si une action qui n'est pas arbitraire par sa nature le devient en devenant noxale ?

Actions de bonne foi. Les actions de bonne foi peuvent-elles être arbitraires ? En étudiant les actions de bonne foi et les actions arbitraires, on est frappé de voir

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 118.

que Justinien donne comme signe caractéristique de ces deux classes d'actions, le pouvoir confié au juge de statuer *ex æquo et bono*. « *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat* ⁽¹⁾, » et plus loin, parlant des actions arbitraires : « *In his actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.* » De cette ressemblance entre les deux classes d'actions il ne faut pas conclure qu'il y ait identité entre elles, ni dire que l'action arbitraire est une action de bonne foi. Ce n'est pas dans un même but que le juge devra tenir compte de l'équité; tandis qu'elle est la base principale sur laquelle il s'appuiera pour fixer le montant de la condamnation du défendeur dans les actions de bonne foi; dans les actions arbitraires, il appréciera seulement *ex æquo et bono* la satisfaction qui doit être fournie au demandeur. Dans cette dernière classe d'actions, l'*intentio* s'apprécie selon les principes du droit pur, aussi voyons-nous qu'on ne pouvait y sous-entendre l'exception de dol. Deux textes de Papinien nous en fournissent la preuve. Parlant d'une revendication, action arbitraire, il remarque que le défendeur a dû faire insérer l'exception de dol, « *doli mali opposita exceptione* ⁽²⁾, » précaution inutile dans les actions de bonne foi.

La distinction et parfois même l'opposition que les jurisconsultes romains ont soin de faire entre ces deux classes d'actions, sont encore une preuve certaine qu'il n'y a entre elles aucune identité : « *In his quoque judiciis*

(1) Institutes, liv. IV, t. vi, § 30.

(2) Lois 48 et 65, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. i.

quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei (loi 3, § 1, *De usuris et fructibus*, liv. XXII, t. 1). »

Le principe qu'il n'y a pas identité entre les actions de bonne foi et les actions arbitraires étant admis, faut-il dire également que certaines actions de bonne foi ne peuvent pas être arbitraires? Plusieurs interprètes l'ont prétendu. Pour soutenir ce système, ils s'appuient sur l'économie des Institutes qui, après avoir étudié la division des actions en actions *stricti juris* et *bonæ fidei*, semblent passer à une classe entièrement distincte : « *Præterea quasdam.....* » Ils font encore remarquer que, parmi les exemples d'actions arbitraires données par Justinien, ne figure aucune action de bonne foi. Puchta est parmi ces interprètes. « La formule arbitraire, dit-il, ne pouvait pas trouver d'application dans les *bonæ fidei judicia*. Le juge, au moyen de l'adjonction des mots *ex fide bona*, étant déjà *arbiter*, avait tout le pouvoir, que lui aurait donné une formule arbitraire, d'absoudre le défendeur s'il satisfaisait au demandeur; la formule arbitraire était donc inutile. »

Le savant professeur, M. Labbé, enseigne que, dans les actions de bonne foi, le juge peut avoir quelquefois à prononcer un *arbitrium*, mais en n'admettant aucune sanction, *manus militaris* ou *juramentum in litem* il leur refuse le véritable caractère des actions arbitraires. Les actions de bonne foi, dit-il, ne renferment pas expressément dans leur formule le pouvoir pour le juge de déterminer la satisfaction que devra fournir le défendeur; mais toute action de bonne foi fonctionne comme une action arbitraire en raison de l'étendue des pouvoirs donnés au juge. Toutes les fois qu'il trouve équitable une satisfaction autre qu'une somme d'argent, statuant *ex æquo et*

bono, il peut la déterminer et inviter le défendeur à la fournir.

En faveur de cette thèse, M. Labbé fait remarquer que dans les actions arbitraires, l'injonction prononcée par le juge ne s'adresse jamais qu'au défendeur : la *contumacia* que l'on prévoit et dont on veut triompher, est toujours celle du *rei non restituentis vel non exhibentis*. Dans les actions de bonne foi, au contraire, plusieurs textes prouvent que le juge a le pouvoir d'adresser une injonction, tant au demandeur qu'au défendeur. Tel est le cas prévu aux Institutes (§ 3, liv. III, t. xxiii). Une chose vendue, mais non livrée, ayant été détruite par la faute d'un tiers, le vendeur, qui est encore propriétaire, a seul le droit d'exercer l'action de la loi *Aquiliana*. Il est libéré de son obligation par cas fortuit, et reste créancier du prix. Lorsqu'il agira contre l'acheteur par l'action *venditi* (action essentiellement de bonne foi), le juge subordonnera la condamnation de l'acheteur à la condition que le vendeur lui cède les actions qu'il a contre les tiers. Quoique l'action ne soit certainement pas arbitraire, n'est-ce pas agir à l'endroit du demandeur, comme en vertu d'un *arbitrium*? Pourquoi un tel pouvoir, qui découle de l'*officium* du juge à l'égard du demandeur, ne serait-il pas admis comme découlant de la même source à l'égard du défendeur, avec le même caractère, c'est-à-dire, sans que l'action soit arbitraire, encore qu'elle en ait la manière et la marche?

Ce système, en n'admettant pas que les actions de bonne foi puissent être arbitraires, a l'inconvénient de les priver de la double sanction du *juramentum in litem* et de l'exécution forcée au *jussus*. L'intérêt du demandeur se trouve aussi moins protégé. Sans doute, le juge

avait des pouvoirs assez étendus pour arbitrer une satisfaction qui lui paraissait équitable : mais il n'y avait pas pour lui, comme dans les actions arbitraires, obligation de le faire, et à ce point de vue, le caractère arbitraire donné à une action de bonne foi présentait pour le créancier une incontestable utilité.

Nous admettons, avec la plupart des interprètes, qu'il n'y avait aucune incompatibilité entre l'obligation de juger *ex fide bona* et l'obligation de ne condamner qu'à défaut de restitution, et que, dès lors, toutes les actions de bonne foi, qui tendaient à obtenir une satisfaction, ne consistant pas en argent et que le défendeur pouvait fournir, étaient arbitraires.

Les preuves ne manquent pas à l'appui de ce système. Des textes relatifs aux actions *depositi*, *rei uxoriæ*, *præscriptis verbis*, *communi dividundo*, *negotiorum gestorum*, actions éminemment de bonne foi, en laissent voir le caractère arbitraire.

Dans la formule *in jus* de l'action *depositi*, formule que nous donne Gaïus, figure la clause *nisi restituat*, représentée par les lettres *N. R*; déchiffrées il y a quelques années dans le manuscrit de Vérone. D'autres textes, *depositi vel contra*, au Digeste, confirment ce témoignage : « ... *Condemnandum, si res non restituetur, pro qua parte hæres exstitit* » (loi 22, liv. XVI, t. III). « *Neratius scribit, si res sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum recuperaretur, nihilominus recte ad restitutionem reum compelli, nec debere absolvi nisi restituat* » et plus loin : « *Condemnandum te nisi restituas* », (loi 1, § 21, *Depositum vel contra*, liv. XVI, t. III).

Dans la formule *in factum* de la même action, le caractère arbitraire ressort également. Voici l'exemple que

nous en donne Gaïus : « *Si paret... mensam argenteam red-ditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex condemnato, si non paret absolvito* » (Gaïus, c. IV, § 47).

Un texte de Julien établit avec non moins de netteté que l'action *rei uxoriæ* était arbitraire. Une femme apporte en dot un fonds, au profit duquel existait une servitude sur les propriétés du mari. La confusion éteint cette servitude; comment restituera-t-on le fonds avec ses qualités à la dissolution du mariage? « *Officio de dote judicantis continebitur ut redintegrata servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus reddi* » (loi 7, § 1, *De fundo dotali*, liv. XXIII, t. v).

L'action *prescriptis verbis* est également arbitraire; un texte de Papinien nous en fournit la preuve : « *Ob causam datam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur : itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur* » (loi 9, *De prescriptis verbis*, liv. XIX, t. v).

L'exemple que nous citons paraîtrait peu concluant si on admettait, ce que semble dire Justinien, que cette action *prescriptis verbis* n'est de bonne foi que dans les deux cas d'*æstimatum* ou d'échange. Mais il n'en est pas ainsi, d'après de nombreux interprètes. Elle doit être de bonne foi dans toutes ses applications, car les contrats innommés qu'elle sanctionne sont toujours synallagmatiques; il est donc probable que Justinien a voulu seulement citer deux cas où cette action était plus fréquemment employée.

Enfin, Justinien, en rangeant parmi les actions de bonne foi la pétition d'hérédité, dont nous avons démontré le caractère arbitraire, nous fournit une preuve convaincante

qu'il n'était pas impossible de trouver, en même temps, ce double caractère dans une même action.

Toutes les actions que nous venons de citer comme arbitraires, tendant à une restitution ou à une exhibition, les interprètes, auxquels la réunion de ces deux caractères dans une même action semble probable, ont généralisé le principe, et ils pensent que toute action de bonne foi, ayant pour objet soit une restitution, soit une exhibition, soit une satisfaction autre que de l'argent, pouvait devenir arbitraire, par l'insertion de la clause *nisi restituat*. Ils en font l'application aux actions *commodati*, *locati*, *pigneratitia* et à l'action *venditi* lorsqu'elle était exercée pour faire triompher un pacte résolutoire joint à la vente.

M. de Savigny, qui partage l'opinion commune, refuse cependant à cette action *venditi* le caractère arbitraire. « On n'applique jamais, dit-il, un *arbitraria formula* aux actions résultant de contrats dont la fin est de créer un nouvel état de choses, action *venditi*. Le lien de dépendance qui existe entre le *jus jurandum in litem* et l'*arbitraria formula* est certain : si l'action *venditi* était arbitraire, il y aurait lieu au serment *in litem* et on ne l'a certainement pas (1). »

L'opinion de M. de Savigny est très juste et tout le monde pense avec lui que cette action n'est pas arbitraire lorsqu'elle tend au paiement du prix ; mais le romaniste allemand ne se préoccupe pas de l'hypothèse où l'action *venditi* tend à la résolution du contrat. Dans cette hypothèse, puisque sa fin est de rétablir un ancien état de choses, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait le caractère arbitraire.

(1) Savigny, *Système*, tom. V, p. 139 et 140.

La seconde classe d'actions, qui, n'étant pas arbitraires par nature, pouvaient le devenir dans certaines circonstances, comprend les actions délivrées à la suite des interdits restitutoires et exhibitoires.

Ces actions empruntaient les formes de procédure ordinaire; elles pouvaient être exercées, nous dit Gaïus, tantôt *cum pœnâ*, c'est-à-dire *per sponsionem*, tantôt *sine pœnâ*, c'est-à-dire *per formulam petitoriam* : « *Modo cum pœna agitur, modo sine pœna; cum pœna velut quum per sponsionem agitur : sine pœna, velut quum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur* (1). »

Seuls les interdits restitutoires ou exhibitoires pouvaient donner naissance à une action arbitraire. Pour l'obtenir le défendeur devait *in jure* demander la nomination d'un *arbiter*. Passé ce délai, cette faveur lui était refusée et la procédure *per sponsionem* suivait son cours. « *Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat; sero enim petentibus non indulgebatur* (2). »

Les interdits prohibitifs étaient ceux qui contenaient une défense, généralement révélée par les mots *vim fieri veto, veto*, ou *ne facias* contenus dans la formule, avant l'indication de l'acte prohibé. Si celui auquel la défense était adressée obéissait au magistrat, la difficulté était immédiatement terminée; si, au contraire, il n'en tenait pas compte, une action qui tendait à la réparation du dommage causé par sa désobéissance, véritable sanction

(1) Gaïus, c. IV, § 141.

(2) *Id.*, *ib. id.*, § 164.

de l'interdit, était délivrée contre lui. On explique assez naturellement que la faveur de recourir à la procédure arbitraire n'ait pas été étendue à ces interdits, en remarquant que l'action donnée à la suite des interdits prohibitaires, tendant à la réparation d'un fait qui ne pouvait être effacé, ne se prêtait pas à une satisfaction en nature, et que dès lors la formule arbitraire eût été inutile.

Gaius considérait comme une faveur « *indulgebitur* » le droit de faire substituer une *formula arbitraria* à la procédure *per sponsionem*. Selon lui, le défendeur seul pouvait obtenir cette faveur : c'était avec raison, car le demandeur doit être sûr de son droit avant d'agir, puisqu'il peut s'abstenir de le faire, tandis que le défendeur poursuivi malgré lui doit raisonnablement prendre toutes les précautions pour n'être pas condamné. « *Namque, si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat neque exhibeat quanti ea res est condemnatur. Sed actor quoque sine pœna experitur cum eo qui neque exhibere, neque restituere quicquam offert, præterquam si calumniæ judicium ei oppositum fuerit. Diversæ quidem scholæ auctoribus placet prohibendum calumniæ judicio eum qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere, sed alio jure utemur et recte* » (Gaius, IV, § 163).

Certains auteurs contestent que le défendeur seul ait été investi du droit d'écarter la procédure *per sponsionem* et d'y faire substituer une formule arbitraire; le demandeur, à leur avis, devait jouir du même privilège. Le texte de Gaius, que nous venons de transcrire contient

cependant la preuve qu'il n'en était pas ainsi. En effet, nous voyons Gaius combattre l'opinion des Proculiens, suivant lesquels le demandeur ne pouvait être poursuivi par un *judicium calumniæ*, dans le cas où il aurait échoué dans sa demande. « Le fait de demander un arbitre, disaient-ils, implique l'aveu qu'on est obligé de restituer ou d'exhiber. »

Nous tirons de la raison que faisaient valoir les Proculiens en faveur de leur thèse la preuve évidente de la vérité de notre assertion, car un aveu ne se comprend qu'à la charge de celui qui est poursuivi.

Primitivement la procédure *per sponsionem* devait seule être employée; le droit pour le défendeur de demander un arbitre fut probablement introduit avec la procédure formulaire. Il existait du temps de Cicéron ⁽¹⁾.

Comme interdits restitutoires donnant lieu à une action arbitraire, nous citerons les interdits *quorum bonorum* donnés au *bonorum possessor* contre celui qui détient les choses héréditaires *pro herede* ou *pro possessore*, et l'interdit *unde vi* donné au possesseur d'un immeuble contre celui qui l'en a expulsé par la force.

Les interdits exhibitoires, sauf l'interdit *de homine libero exhibendo*, servaient de préliminaires à l'exercice d'une action ou d'un autre interdit. Il n'y en avait que quatre : *de tabulis exhibendis*, *de liberto exhibendo*, *de liberis exhibendis* et enfin *de homine libero exhibendo*, interdit spécialement destiné à protéger la liberté individuelle.

(1) *Cicero, Pro Tullio*, n° 12. « Ego ipse, tecto illo disturbato, si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris, necesse est. »

CHAPITRE III.

De l'*arbitrium judicis*.



Nous avons dit que le juge saisi d'une action arbitraire, statuait par un premier jugement, appelé *pronunciatio*, sur le droit invoqué par le demandeur. S'il reconnaissait le bien fondé de la demande, son jugement était accompagné d'un *arbitrium* et d'un *jussus*. Par l'*arbitrium*, le juge déterminait la satisfaction que le défendeur devait fournir pour échapper à la condamnation.

Comment le juge déterminait-il cette satisfaction et en quoi pouvait-elle consister?

Les Institutes répondent à cette première question, que le juge doit fixer la satisfaction, en s'appuyant sur l'équité : « *In his actionibus permittitur judici ex æquo et bono æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat* » (liv. IV, t. VI, § 31). Nous avons dit déjà que ce pouvoir confié au juge n'assimile pas cette classe d'actions aux actions de bonne foi, puisque l'*intentio* des actions arbitraires continue toujours à être examinée d'après les principes du droit pur.

Quant à la satisfaction elle est nécessairement variable. Justinien nous dit qu'elle sera déterminée selon la nature de l'objet demandé : « *Secundum cuius que rei de qua actum est naturam.* »

Les textes nous révèlent quatre formes que la satisfaction peut revêtir : restitution, exhibition, paiement, abandon noxal : « *Veluti vel rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat* » (Inst., liv. IV, t. vi, § 31).

Nous allons voir, en passant en revue ces quatre formes, quel pouvait être, dans les diverses actions arbitraires, le montant de la satisfaction arbitrée par le juge.

La clause la plus généralement employée pour donner à une action le caractère arbitraire était « *nisi restituat.* » Elle était commune aux actions réelles, aux actions personnelles et aux interdits restitutoires.

Le plus souvent la restitution consistait dans le rétablissement complet d'un état de droit ou de fait : « *Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit; quod fit, sive quis tollit id quod factum est; vel reponat quod sublatum est, etc...* » (loi 2, § 43, *Ne quid in loco publico vel itinere fiat*; liv. XLIII, tit. viii). « *Restituit non tantum qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem, conditionemque reddita causa præstet, et tota restitutio juris est interpretatio* » (loi 246, § 1, *De verborum significatione*, liv. L, t. xvi).

D'une manière générale on peut dire que la restitution arbitrée par le juge comprenait la chose elle-même et la *causa*. Mais pour bien connaître l'objet et mesurer l'étendue des restitutions, nous devons examiner successivement les actions qui contiennent la clause « *nisi restituat.* »

Dans la revendication, le défendeur doit remettre ma-

tériellement la chose revendiquée aux mains du demandeur. De plus, si, *pendente judicio*, il a acquis la propriété par l'usucapion, il est tenu à un transport de propriété. Cette remise matérielle et ce transport seront accompagnés d'une *cautio de dolo et culpa*, qui assurera au demandeur la réparation du dol et de la faute du défendeur dans le cas où la chose aurait subi des altérations cachées, ou aurait été grevée de droits réels.

La *causa* que le défendeur doit également restituer, comprend les fruits (perçus ou non), les produits de la chose et les acquisitions qui s'y rattachent, ainsi que les bénéfices que le défendeur était à même de réaliser; en un mot tous les avantages que le demandeur eût retiré de la chose s'il avait eu satisfaction au moment de la *litis contestatio*. Si le défendeur est de mauvaise foi, il est responsable de son *dolus præteritus* et il est tenu de ces mêmes restitutions à compter du jour de son entrée en possession. Il est possible que le défendeur de bonne foi ait aussi à faire quelques restitutions qui se rapportent à la période antérieure à la *litis contestatio*. Elles comprennent les produits non encore usucapés et dans le cas où il s'agit d'un esclave, les acquisitions qu'il a réalisées autrement que par ses *operæ* ou dont la *res possessoris* n'est pas la source.

Depuis Justinien, la *causa* comprend encore les fruits même perçus de bonne foi que le défendeur n'a pas consommés.

Dans l'action confessoire la satisfaction imposée au défendeur consiste généralement dans l'engagement de respecter et laisser faire les actes et les travaux que la servitude autorise, si elle est positive; à ne point faire ou

à détruire les travaux qu'elle interdit, si elle est négative. Le défendeur peut encore être tenu de faire revivre la servitude éteinte, *pendente judicio* par le non usage.

Dans l'action négatoire, le juge impose au défendeur la promesse de s'engager à respecter le droit de propriété du demandeur et à démolir les travaux construits sur le fonds déclaré libre.

La *causa* dans ces deux actions a une minime importance. Elle comprend les fruits si l'action confessoire a pour objet un usufruit, ou, en cas de servitude prédiALE, la réparation du dommage que le demandeur a dû souffrir par la privation de son droit; encore faut-il supposer, pour qu'il y ait lieu à restitution de la *causa* dans les actions confessoire et négatoire, que le demandeur n'a pas la quasi-possession de son droit litigieux.

Le défendeur à la *petitio hereditatis* doit en premier lieu restituer l'universalité qui compose la succession. Quant aux accessoires acquis depuis la *litis contestatio* par le possesseur de bonne foi, la règle de la revendication lui est applicable, il les doit tous restituer. Le sénatus-consulte Juventien vint aggraver sa situation en l'obligeant à rendre en outre tout ce dont il s'est enrichi antérieurement à la *litis contestatio*. La situation du possesseur de mauvaise foi est la même que dans la revendication; il est tenu à restituer, outre la chose, tous les accessoires qu'il a acquis du premier jour de sa possession.

Le montant des restitutions imposées au défendeur dans l'action publicienne est encore le même que dans la revendication. Il doit remettre au demandeur la possession de la chose ainsi que tous les accessoires que, le trouble apporté à son usucapion l'a empêché d'acquiescer, tout en tenant compte des distinctions que nous

avons indiquées entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

L'action *in rem* rescisoire est tantôt la revendication, tantôt la publicienne rendue, *rescissa usucapione*, à celui qui, dans certains cas déterminés, a perdu la propriété ou la possession de sa chose par une usucapion accomplie contre lui. Le juge appliquera donc, pour déterminer la satisfaction due par le défendeur, les règles de la revendication ou de la publicienne.

Dans l'action Paulienne, la satisfaction imposée au défendeur varie suivant qu'il est de mauvaise ou de bonne foi. Est-il de mauvaise foi, c'est-à-dire a-t-il participé en quelque manière à la fraude, il devra revenir sur l'acte attaqué, par exemple, retransférer la propriété, faire revivre l'obligation éteinte ou faire acceptation de l'obligation contractée. Cette restitution s'étendra également à la *causa* et spécialement aux fruits et produits de la chose. Si, au contraire, le défendeur est de bonne foi, c'est-à-dire s'il a seulement profité de la fraude, la restitution qui lui est imposée se mesure à son enrichissement.

Mêmes satisfactions dans les actions Favienne et Calvitienne, toutes deux copiées sur l'action Paulienne.

La clause qui rend arbitraire l'action hypothécaire, donne au défendeur un double moyen d'échapper à la condamnation, en restituant ou en payant : « *aut restituat aut pecuniam solvat.* » Remarquons cependant que l'objet de cette action n'est pas alternatif, mais unique, elle tend au délaissement de la chose et le paiement n'est qu'une simple *facultas solutionis* offerte au détenteur du gage hypothécaire; aussi échappe-t-il à toute poursuite lorsque la chose hypothéquée a péri par cas fortuit ou

lorsqu'il en a, sans son dol, perdu la possession. La restitution doit comprendre la chose et les accessoires soumis à l'hypothèque; le paiement comprend le capital de la dette et les intérêts.

La satisfaction, à laquelle le juge subordonne l'absolution du défendeur dans l'action *finium regundorum*, consiste tantôt à laisser mesurer son fonds, tantôt à restituer une partie de terrain usurpé, tantôt encore dans certains faits qui doivent faciliter le bornage, comme arracher un arbre ou démolir une construction.

Dans les deux actions *de dolo* et *quod metus*, la satisfaction que le juge devait exiger du défendeur consistait dans la remise des choses en leur état antérieur, toutes les fois que le dol n'avait pas rendu cette remise impossible. C'était le plus grand nombre des cas. Si le dol ou la *metus* avait eu pour résultat un acte juridique, un acte contraire devait en détruire les effets : véritable *restitutio in integrum* émanant de la volonté de l'auteur même du dol; si le dol ou la *metus* avait causé un simple dommage matériel, le rétablissement des choses était imposé au défendeur. Mais il était possible que l'effet de l'acte juridique né du dol, ne pût être anéanti, comme un affranchissement ou une adition d'hérédité, ou encore que le résultat matériel du dol fût irréparable comme la mort de l'esclave stipulé. Dans ces diverses hypothèses le juge ordonnait au défendeur de fournir une somme d'argent.

Dans l'action *quod metus* le montant de la satisfaction variait d'étendue suivant que la poursuite était dirigée contre l'auteur même de la *metus* ou contre un tiers de bonne foi. La restitution imposée au tiers de bonne foi se mesurait et se limitait à son enrichissement, tandis que l'auteur de la violence devait une satisfaction égale au

préjudice qu'il avait causé : l'équité dictait cette différence de traitement.

La satisfaction, dans l'action *de eo quod certo loco* pouvait être tantôt une *cautio*, par laquelle le défendeur garantissait l'exécution littérale de son obligation, tantôt l'accomplissement même de son obligation diminuée ou augmentée selon que la différence de lieu lui était désavantageuse ou profitable.

Nous avons dit que les actions délivrées à la suite d'un interdit restitutoire ou exhibitoire, pouvaient être arbitraires. Lorsqu'elles l'étaient, Ulpien nous dit, que le défendeur devait restituer la chose et tous les accessoires, notamment les fruits à partir du jour de l'émission de l'interdit : « *In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro* » (loi 3, *De interdictis*, liv. XLIII, t. 1). Cette règle générale comportait une exception. L'interdit *unde vi* procurait au demandeur une plus complète réparation du dommage que la dépossession pouvait lui avoir causé. Non-seulement, l'immeuble et les meubles qui s'y trouvaient devaient être restitués, mais avec eux, tous les fruits et autres accessoires. Le jour de la dépossession et non plus le jour de l'émission de l'interdit servait de point de départ pour cette restitution : « *Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur : quamvis in cæteris interdictis ex quo edita sunt, non retro computantur. Idem est et in rebus mobilibus quæ ibi erant : nam et earum fructus computandi sunt ex quo quis vi dejectus est* » (loi 1, § 40, *De vi et de vi armata*, liv. LXIII, t. xvi).

Quoique plus particulièrement applicable aux satisfactions consistant en une restitution, nous voyons dans les textes la clause *nisi restituat* assez souvent employée

pour désigner le caractère arbitraire d'une action, sans tenir compte de la nature de la satisfaction et notamment aux lieu et place de *nisi exhibeat*.

La clause *nisi exhibeat* avait son emploi marqué dans l'action *ad exhibendum* et dans les actions délivrées à la suite d'un interdit exhibitoire. Le but de ces diverses actions étant d'obtenir l'exhibition d'une chose, le juge donnera au défendeur l'ordre d'exhiber. L'exhibition d'une chose ne consiste pas seulement dans la représentation matérielle de la chose, elle doit, pour être complète, procurer au demandeur la situation qu'il eût eu en obtenant satisfaction au moment même de la *litis contestatio*, et spécialement lui permettre d'exercer les actions qui lui appartenaient alors. C'est ainsi que le défendeur qui, pendant l'instance, a usucapé la chose dont on demande l'exhibition, devra consentir à la délivrance d'une action en revendication au profit du demandeur.

Nous avons dit que, suivant Justinien, le caractère arbitraire se traduisait quelquefois par l'insertion d'une quatrième clause : « *Nisi ex noxali causa servum dedat*, » et nous avons exposé la controverse que fait naître cette phrase des Institutes. Entre les deux systèmes opposés, l'un qui reconnaît à toutes les actions noxales le caractère arbitraire et l'autre qui enseigne que les actions noxales ne sont arbitraires que si elles ont par elles-mêmes ce caractère, étant exercées directement, nous avons pris parti pour la seconde opinion.

S'il est certain que la condamnation, dans une action arbitraire noxale, laissait au défendeur le choix entre payer ou *noxam dedere*, il est douteux que cette alternative fût contenue dans l'*arbitrium*. Cependant on peut

conjecturer avec Zimmern que le juge, dans son *arbitrium*, appréciait le dommage et ordonnait au défendeur de le réparer, s'il n'aimait pas mieux faire l'abandon noxal. Désobéissait-il, il était condamné toujours avec la faculté de se libérer en abandonnant l'esclave, auteur du délit.

M. Bonjean rejette cette conjecture comme inutile; il estime que l'alternative de payer ou d'abandonner ne devait figurer que dans la condamnation. Voici, d'après lui, comment les choses se passaient quand une action arbitraire, comme l'action *de dolo* ou *quod metus*, était donnée noxalement contre le maître de l'esclave auteur du dommage : « Le juge réglait d'abord *ex arbitrio* la satisfaction à fournir par le défendeur, par exemple, la restitution de la chose extorquée par la violence, puis, si le défendeur refusait de restituer, le juge le condamnait à payer au demandeur une somme d'argent égale à celle à laquelle eût été condamné l'auteur même du dommage, s'il eût été libre, mais avec faculté de se libérer en abandonnant au demandeur l'esclave noxal. »

Avant de passer à l'étude du *jussus judicis* et des conséquences qu'il entraîne, il faut remarquer que le juge ne devait et ne pouvait pas fixer d'*arbitrium* lorsque la restitution ou l'exhibition, primitivement possible, ne l'était plus au moment où la preuve de l'*intentio* était faite. A l'instant même, en effet, où une obligation prend naissance, son objet se détermine d'une manière irrévocable.

Paul dans la loi 18, § 1, *De dolo malo* (liv. IV, t. III), fait l'application de ce principe : « *Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est : quid enim si manifestum sit restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus, defunctus sit? ideoque protinus condem-*

nari debeat in id quod intersit actionis? » La tradition d'un esclave a été déterminée par son dol. L'auteur du dol actionné par sa victime est débiteur d'une restitution, qu'il devra faire pour être absous. Mais l'esclave est mort lorsque le juge reconnaît le droit du demandeur : y aura-t-il lieu à un *arbitrium*? Non, dit Paul, parce qu'il est manifeste que la restitution ne peut avoir lieu; le juge doit immédiatement passer à la condamnation qu'il fixera lui-même.

Cette décision a une conséquence d'une rigueur exceptionnelle pour le défendeur; l'action n'étant pas arbitraire, il ne pourra échapper à l'infamie. Si nous comparons cette espèce au cas où le résultat immédiat du dol a été la mort de l'esclave, cas où le défendeur était mis à même d'éviter l'infamie en en payant le prix, nous trouvons que la décision de Paul est plus logique qu'équitable.

CHAPITRE IV.

Du *jussus judicis*.



Après avoir fixé, suivant la nature de l'action exercée, la restitution que devra faire le défendeur pour éviter la condamnation, le juge lui intime l'ordre de restituer. Du parti que le défendeur prendra sur ce *jussus*, de la manière dont il l'exécutera, découlent des conséquences qu'il importe d'étudier.

S'il exécute complètement et immédiatement l'ordre qu'il reçoit, il obtiendra son absolution. Une exécution partielle le laisserait exposé à une condamnation partielle. Il est possible, en effet, que le défendeur restitue seulement la chose principale, ou avec elle une partie des accessoires existant encore en nature, mais que, faute d'argent, il ne restitue pas les prestations pécuniaires que le juge aurait arbitrées pour lui tenir compte des accessoires disparus. La condamnation, dans ce cas, sera restreinte à cette partie de la satisfaction que le défendeur n'aura pas pu fournir.

Une cause matérielle, comme l'éloignement de la chose, l'absence d'une personne qui détient l'objet dont l'exhibition est demandée ou la fuite de l'esclave revendiqué, pouvait s'opposer à l'exécution immédiate de l'ordre du juge. Si le juge trouvait exacte ou jugeait plausible l'allégation du défendeur, il pouvait soit différer son jugement, soit accorder un délai pour la restitution. La promesse de restituer à l'expiration de ce délai, exigée du débiteur, devait être garantie par une caution généralement accompagnée d'une *stipulatio pœnæ*. « *Si possessor neget in præsentī se restituere posse, et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. Quod si neget is cū quo ad exhibendum actum est, in præsentī exhibere se posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet ut tamen caveat se restitutum* » (Inst., liv. IV, t. xvii, p. 2 et 3, *De officio judicis*).

Les mêmes décisions sont encore données par les textes loi 6, § 2, *De confessis*, liv. XLII, t. ii; loi 27, § 4, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. i; loi 16, § 3, *De pignoribus et hypothecis*, liv. XX, t. i; lois 5, §§ 6 et 12, § 5, *Ad exhibendum*, liv. LX, t. iv).

Une seconde hypothèse est également possible; le défendeur ne fournit pas la satisfaction que lui imposait le *jussus* du juge, soit parce qu'il ne le peut pas, soit parce qu'il ne le veut pas.

La condamnation est certaine s'il ne peut pas restituer, mais elle variera suivant les causes qui l'ont mis dans l'impossibilité d'obéir : aussi ces causes doivent-elles fixer quelques instants notre attention.

Le défendeur pouvait être dans l'impossibilité de restituer 1° sans son dol et sans sa faute, 2° par sa faute, 3° par son dol.

La condamnation du défendeur, lorsque sans son dol et sans sa faute il ne pouvait fournir la satisfaction, comprenait, tantôt seulement les accessoires de la chose, tantôt ses accessoires et la valeur de la chose elle-même. Si, n'ayant aucune raison de douter de la légitimité de son droit, il avait agi comme un bon et sage père de famille, en n'acquiesçant pas à la demande, il ne devait que les accessoires. Au contraire, la condamnation comprenait également la valeur de la chose lorsqu'il avait eu de justes raisons de croire bien fondée la demande dirigée contre lui; on l'assimilait alors à un débiteur en demeure, sur lequel pèsent tous les risques. Deux textes du Digeste, les lois 40 pr., *De hereditatis petitione*, liv. V, t. III; et 15, § 3, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. I, nous montrent que cette question, agitée parmi les jurisconsultes, fut résolue en ce sens.

Le défendeur de bonne foi était absous lorsqu'aucune *causa* ne motivait une condamnation. Dans le cas où il était absous, comme aussi lorsqu'il n'était condamné qu'à la valeur des accessoires, il était tenu de prendre l'engagement de restituer la chose s'il venait un jour à la recouvrer, ou du moins de céder ses actions. Dans la revendication d'un esclave, cette *cautio* prenait le nom particulier de *cautio de persequendo servo, restituendove pretio*.

Si c'est de la faute du défendeur que résulte l'impossibilité d'une restitution, sa condamnation se mesure à l'intérêt du demandeur : « *Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res*

est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est » (loi 68, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. 1).

Le juge était seul chargé de fixer le *quantum* de la condamnation dans l'hypothèse où l'impossibilité de restituer était la conséquence de la faute et non du dol du défendeur. A plus forte raison, en était-il de même dans le cas où elle ne résultait ni de son dol, ni de sa faute. « *Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, constat : sed æstimationem a judice faciendam.* » — « *Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam : hæc enim judex æstimat* » (loi 4, § 4, et loi 5, § 3, *De in litem jurando*, liv. XII, t. 11).

Enfin le dol du défendeur pouvait être la seule cause de l'impossibilité où il était d'opérer la restitution arbitrée par le juge. Cette situation est, à coup sûr, la plus intéressante à étudier, en raison de la conséquence particulièrement grave qu'elle entraînait pour le défendeur : il était livré à la discrétion de son adversaire qui fixait, par un *juramentum in litem*, le montant de sa condamnation. Disons immédiatement que cette rigoureuse menace pesait également sur la tête du défendeur *contumax*, c'est-à-dire de celui qui, en mesure de satisfaire à l'*arbitrium* du juge, refusait d'y obéir. « *Interdum quod inersit agentis, solum æstimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur : cum vero dolus, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor* » (loi 2, § 1, *De in litem jurando*, liv. XII, t. 11). Tout ce que nous allons dire du *juramentum in litem* s'applique donc également au défendeur qui refuse et à celui qui, par son dol, ne peut restituer.

Le *juramentum in litem* était la faculté accordée au

demandeur de fixer lui-même le *quantum* de la condamnation de son adversaire, sous serment de ne pas l'exagérer. Cette faveur, pour le demandeur, constituait assurément un danger sérieux pour le défendeur, mis ainsi à sa discrétion. En effet, en dépit du serment de s'abstenir de toute exagération, il était à prévoir que, soit illusion sur la valeur de son droit, soit désir de s'enrichir et défaut de scrupule, l'estimation ainsi faite dépasserait toujours le *quod interest*. Ulpien nous dit que cette exagération était habituelle : « *Crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusjurandum in litem*; » et plus loin : « *Non res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium* » (loi 1, *De in litem iurando*, liv. XII, t. III). On pouvait espérer triompher par cette menace de la résistance du défendeur qui était encore à même de restituer, et s'il persistait dans son refus, ou s'était mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, cette exagération était une juste peine dont il ne devait accuser que lui seul. Certains textes, qui qualifient formellement de *pœna* le *iusjurandum in litem*, nous prouvent que l'intention des jurisconsultes était bien de frapper le défendeur de mauvaise foi (loi 60, § 1, *Ad legem Falcidiam*, liv. XXXV, t. II; et loi 73, *De fidejussoribus et mandatoribus*, liv. XLVI, t. I).

Il semble résulter des textes que le demandeur, ne relevant que de sa conscience, pouvait fixer d'une manière illimitée, sans *taxatio*, la somme à laquelle il prétendait avoir droit : « *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est* » (loi 68, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. I). Ulpien étend cette décision, à la fin de ce texte, à

toutes les actions tant réelles que personnelles; sans faire aucune distinction. Il y a là évidemment une erreur qui ne doit pas lui être imputable et qui donne à penser que son texte a été interpolé. Nous allons voir, en effet, que dans certaines actions personnelles comme les actions *de dolo* ou *quod metus*, le juge fixe une *taxatio* ou maximum que le demandeur ne peut jamais dépasser. Mais pour les actions réelles, on admet généralement que le *jusjurandum* pouvait être *in infinitum*. A l'appui de cette opinion, on fait remarquer que là où le *jusjurandum* comportait une *taxatio* le juge était libre de faire lui-même l'estimation du litige ou de réduire celle du demandeur, double faculté qui ne lui appartenait certainement pas dans les actions réelles ⁽¹⁾ (loi 46, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. I, et loi 2, § 1, *De in litem jurando*, liv. XII, t. III).

Cette liberté illimitée dut être restreinte. Une loi de Marcien nous prouve que même pour les actions réelles on finit par admettre la nécessité d'imposer une limite aux prétentions du demandeur, en fixant une *taxatio* : « *In actionibus in rem et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur; sed judex potest præfinire certam summam, usque ad quam juretur* » (loi 5 pr. et § 1, *De in litem jurando*, liv. XII, tit. III).

Il est certain que pour les actions personnelles, de tout temps le juge put fixer un maximum. La preuve en est écrite dans de nombreux textes.

Pour l'action *ad exhibendum*, Ulpien nous dit : « *In hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, judice quantita-*

(1) Accarias, tom. II, p. 1377.

tem taxante » (loi 3, § 2, *Ad exhibendum*, liv. X, tit. iv). Et ailleurs pour les actions de bonne foi : « *An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjudicare, quæritur? Arbitrio tamen bonæ fidei judicis etiam hoc congruit* » (loi 4, § 2, *in fine De in litem jurando*, liv. XII, tit. iii).

Paul n'est pas moins affirmatif pour les deux actions *de dolo* et *quod metus* : « *Sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refrenari* » (loi 18 prin. *in fine, De dolo malo*, liv. IV, t. iii).

Enfin nous trouvons pour l'interdit *unde vi* : « *Taxatione a judice facta* » (Code, loi 9, *Unde vi*, liv. VIII, tit. iv).

Nous avons dit incidemment que dans le cas où le *jusjurandum* comportait une *taxatio*, le juge pouvait ne pas s'en rapporter à l'estimation du demandeur, et la faire lui-même : ajoutons que le demandeur avait le droit de renoncer à fixer la condamnation que le juge déterminait alors directement.

La loi 4, § 3, *De in litem jurando*, permettait même au juge de ne tenir aucun compte du *juramentum in litem* et d'absoudre le défendeur pour des causes très graves comme des preuves découvertes depuis la délation du serment : « *Ex magna causa et postea repertis probationibus.* »

C'était encore le juge qui fixait directement la condamnation lorsque le demandeur était hors d'état de prêter serment, comme un pupille *infans*.

En dehors de la contrainte morale que devait produire sur l'esprit du défendeur *contumax*, la menace du *juramentum in litem*, n'existait-il pas quelque autre moyen de triompher de sa résistance? La *contumacia* ne pouvait-elle être vaincue par l'emploi de la force?

L'examen de cette question présente un vif intérêt; nous l'étudierons tout d'abord dans l'hypothèse d'une action réelle, où la question a une véritable importance et nous verrons ensuite ce qu'il faut décider dans le cas d'actions personnelles et d'interdits.

Nous avons dit, en commençant, quels inconvénients présentait pour le demandeur le système des condamnations purement pécuniaires et nous avons remarqué que l'institution des actions arbitraires eut justement pour but de parer à ces principaux inconvénients, sans heurter de front l'ancien principe. Mais, à l'origine, le juge n'avait à son service que la menace d'une condamnation exagérée pour obliger le défendeur à obéir à son *jussus*, l'exécution forcée était encore ignorée. Les mots *nisi restituat* ou *nisi arbitrato judicis restituatur* indiquent suffisamment que la restitution, si elle n'était pas toujours spontanée, était certainement volontaire. D'ailleurs, il répugne à l'esprit de l'ancien droit romain de penser que les juges, simples citoyens, aient pu user de moyens coercitifs, les voies d'exécution étant une des attributions de l'*imperium* dont les magistrats étaient seuls investis. Enfin, jusqu'au III^e siècle, les textes sont muets sur l'exécution forcée du *jussus* et au contraire indiquent nettement l'alternative pour le défendeur d'obéir au juge ou d'être condamné : « *Quum reus haberet possessionem, noluit eam restituere et ideo magno condemnatus est* » (loi 73, *De fidejussoribus et mandatoribus*, liv. XLVI, t. I).

Mêmes solutions dans les lois 9, § 1, *De furtis*, liv. XLVII, t. II, et II, § 1, *De in litem jurando*, liv. XII, t. III, et dans le quatrième commentaire de Gaïus, I, § 89.

Le véritable progrès réalisé par les actions arbitraires

était incomplet : outre le danger que faisait peser sur le demandeur la mauvaise foi persistante du débiteur qui pouvait toujours se soustraire à la restitution, il courait toujours le risque de voir la condamnation qu'il obtenait partagée entre tous les créanciers de son adversaire insolvable. Le droit classique, frappé de ce danger, fit un second pas en admettant l'exécution forcée du *jussus*, toutes les fois que l'emploi de la force était possible pour triompher de la résistance du défendeur. Nous trouvons ce nouveau progrès signalé dans un texte d'Ulpien : « *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur; et fructuum duntaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit* » (loi 68, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. 1).

Dans cette première partie de son texte, Ulpien nous enseigne qu'il rentre dans l'office du juge de faire enlever au défendeur, par l'emploi de la force, la chose qu'il possède et qu'il refuse de restituer, malgré l'ordre qu'il en a reçu, prétendant qu'il ne le peut pas faire. Il est bien évident que l'emploi de la *manus* ne peut triompher que d'un obstacle matériel et qu'elle ne saurait vaincre une résistance morale ni déplacer un droit ; par conséquent, en prenant l'hypothèse d'une revendication, signalée par Ulpien, comme un transport de propriété nécessite le consentement du propriétaire, si le défendeur avait usucapé pendant l'instance la chose litigieuse, l'emploi de la force serait impuissant à rendre au demandeur la propriété qu'il a perdue. Mais elle serait utilement employée pour le remettre en possession matérielle de sa chose et lui permettre de l'usucaper à son tour.

Ulpien ajoute que la condamnation se restreint aux

fruits et à la *causa* : il va de soi, qu'il s'agit là de fruits qui n'existent plus en nature, autrement l'exécution forcée se fût appliquée à eux comme à la chose même.

Cette théorie de l'emploi de la *manus militaris*, mise au service du demandeur pour faire triompher l'ordre du juge, nous paraît singulièrement forte par le texte qui lui sert de base et vraisemblable par les progrès qu'elle réalisait. Néanmoins elle ne satisfait pas tous les auteurs. Elle a le tort aux yeux de quelques-uns de n'être échafaudée que sur un document unique et d'être incompatible avec un des éléments essentiels des actions arbitraires. Suivant ces auteurs et particulièrement suivant M. de Savigny, le texte d'Ulpien aurait été interpolé par Tribonien et ses collègues. La preuve de ce remaniement résulte, disent-ils, de ce que dans toute action arbitraire il y a lieu au *juramentum in litem* contre le défendeur récalcitrant; or, avec la supposition d'une exécution forcée, on ne conçoit pas qu'il y ait jamais lieu à ce serment *ob contumaciam* ⁽¹⁾.

A l'hypothèse d'un remaniement on oppose deux arguments. Si le texte devait être attribué à Justinien ou à ses collaborateurs, les mots *manu militari* n'y figureraient certainement pas, car une constitution de Théodose le jeune, de l'année 393, défendait de mettre la force militaire proprement dite au service d'intérêts particuliers (Code, loi 1, *De officio militarium judicum*, liv. I, t. XLVI). « *Nunquam omnino in negotiis privatorum vel tuitio militaris vel executio tribuatur.* » Au contraire, un autre texte d'Ulpien contient la même expression : « *Nonnunquam etiam per manum militarem* » (loi 3 princ., *Ne vis*

(1) Savigny, *Syst.*, t. V, p. 221, note d.

flat ei qui in possessionem, liv. XLIII, t. iv). En second lieu sous Justinien, à l'époque de la procédure extraordinaire, le système des condamnations purement pécuniaires avait disparu et le refus de satisfaire entraînait immédiatement une condamnation *ad ipsam rem* : dès lors Justinien n'eût pas fait dire au texte d'Ulpien que la condamnation se restreindrait aux accessoires de la chose et à la *causa*, il eût dit que le juge condamnerait à la chose, aux fruits et à la *causa*.

Quant à l'incompatibilité que M. de Savigny relève entre le *juramentum in litem* et la possibilité d'une exécution forcée, nous ferons remarquer qu'il était très naturel de laisser au demandeur le choix entre une condamnation dont il fixait lui-même les limites, ou la restitution de sa chose *manu militari*; que d'ailleurs, dans tous les cas où l'emploi de la force était inapplicable, c'est-à-dire toutes les fois que l'on se heurtait à un obstacle juridique, ou encore quand la restitution était impossible par suite du dol du défendeur, le *juramentum in litem* était le seul remède offert au demandeur et présentait par conséquent une grande utilité.

Suivant M. Demangeat, l'exécution forcée aurait été restreinte au seul cas, où, mensongèrement, le défendeur prétendait ne pouvoir restituer « *contendens se non posse restituere*, » dans toutes les autres hypothèses la seule issue du procès était la condamnation fixée par le serment du demandeur. Nous ne pouvons croire qu'Ulpien ait entendu distinguer entre celui qui prétend ne pouvoir restituer lorsqu'il le peut, et celui qui refuse carrément toute restitution. Comment admettre que le plus favorisé de ces deux plaideurs de mauvaise foi soit précisément le plus cynique? L'opposition que fait Ulpien porte entre

celui qui est réellement dans l'impossibilité d'obéir au *jussus* du juge et celui dont la volonté seule met obstacle à son exécution.

Deux autres textes viennent confirmer la doctrine d'Ulpien et démontrer l'authenticité de son texte. Dans le premier (loi 36 pr., *De donationibus inter virum et uxorem*, liv. XXIV, t. 1), Paul nous dit que le mari donateur qui revendique la chose donnée et obtient, non une restitution, mais l'*æstimatio justo pretio*, doit garantir le possesseur de l'éviction. S'il doit garantir, c'est donc qu'il a consenti à abandonner la chose (ce qui suppose qu'il pouvait la reprendre). Macer est encore plus positif dans la loi 15, § 6, *Qui satis dare cogantur...*, liv. II, t. VIII. Il se demande si le possesseur d'un fonds, qui fait appel d'un jugement déclarant le demandeur propriétaire, continue de posséder jusqu'à la sentence d'appel? Oui, dit-il, mais le doute était possible, « *quod evinci ea possessio possit.* »

Contre la possibilité d'une exécution forcée, on a prétendu tirer argument d'un texte d'Ulpien qui propose l'espèce et la décision suivante (loi 3, § 2, *De rebus eorum qui sub tutela*, liv. XXVII, t. IX). Un tuteur revendique le fonds de son pupille et au lieu d'une restitution reçoit la *litis æstimatio* : on se demande si cette *litis æstimatio* emporte aliénation valable? La réponse affirmative paraît préférable à Ulpien parce que l'aliénation n'émane pas de l'initiative du tuteur. Dans cette espèce, dit-on, l'aliénation est déclarée valable, (malgré la défense du sénatus-consulte de Septime-Sévère,) parce qu'elle n'est pas volontaire de la part du tuteur; or, dire qu'elle n'est pas volontaire de sa part, c'est reconnaître qu'il n'aurait pas pu faire exécuter le *jussus manu militari*.

Cette argumentation a le tort de faire dire à Ulpien que l'aliénation n'était pas volontaire de la part du tuteur, ce qui est inexact. Ulpien dit seulement qu'elle n'émanait pas de son initiative, affirmation bien différente! et il légitime la vente, non pas parce qu'elle n'était pas volontaire de la part du tuteur, (elle l'était dans une certaine mesure,) mais parce qu'il n'en avait pas pris l'initiative.

Actions personnelles. — Ulpien, dans la loi 68, *De rei vindicatione*, qui autorise l'emploi de la force pour faire exécuter le *jussus*, nous fait connaître qu'il était également permis d'y recourir pour faire triompher la volonté du juge dans les actions personnelles arbitraires. « *Hæc sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt ex quibus arbitratu judicis quid restituatur, locum habet.* »

Il est certain que, par la nature même de l'action, l'exécution forcée du *jussus* était moins communément possible dans les actions personnelles que dans les actions réelles. En effet, l'emploi de la force ne se concevait pas dans tous les cas, très fréquents parmi les actions personnelles, où la satisfaction impliquait un acte de volonté du défendeur, comme une acceptilation ou une promesse. Elle pouvait être mise en œuvre seulement pour lever un obstacle matériel, comme transférer la possession d'une chose, la faire délaisser ou représenter; aussi est-il probable que l'emploi de la *manus militaris* fut appliquée d'abord aux actions réelles et plus tardivement aux actions personnelles.

Interdits. — Nous savons par Gaius que tous les interdits aboutissaient à une condamnation pécuniaire. « *Quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur* (IV, § 2, 63). Les inconvénients de ce système que

nous avons indiqué à propos des actions réelles se reproduisant dans les interdits, on y porta remède en leur donnant d'abord le caractère arbitraire et plus tard en faisant exécuter le *jussus manu militari*. Le texte d'Ulpien (loi 68) fait foi, que de son temps, l'exécution forcée était passée dans la pratique de tous les interdits.

CHAPITRE V.

Des actions arbitraires sous Justinien.



Sous Justinien la procédure formulaire a disparu et avec elle un de ses principes caractéristiques, le système des condamnations purement pécuniaires. Elle a fait place à la procédure extraordinaire, sous laquelle le juge condamne à la chose même réclamée par le demandeur, non-seulement dans le cas d'une action réelle, mais même lorsque l'action est personnelle et a pour cause une obligation de faire. De plus, la condamnation, en règle générale, peut être exécutée par la force. Aussi semble-t-il étonnant au premier abord que les Institutes parlent encore d'actions arbitraires et serait-on tenté de croire qu'elles auraient dû cesser de vivre le jour où cessait le danger qu'elles avaient mission d'atténuer. Quelle pouvait être encore l'utilité d'un *arbitrium* et de l'ordre donné au défendeur de restituer, puisque la condamnation atteignait directement le même résultat? Ce n'est cependant ni pour mémoire, ni par inadvertance que Justinien en fait mention : elles présentaient encore de son temps des

avantages qui méritaient de les faire survivre au système qui leur avait donné naissance.

En premier lieu, pour les actions de dol et *quod metus causa* elles permettaient toujours au défendeur d'échapper, dans la première, à l'infamie, dans la seconde, à la condamnation au quadruple, en obéissant au *jussus* du juge.

D'autre part, la condamnation *ad rem ipsam* n'était pas susceptible d'exécution forcée, toutes les fois que cette exécution impliquait des violences matérielles sur la personne du débiteur, c'est-à-dire, dans tous les cas où il s'agissait d'obtenir de lui l'exécution d'une obligation qui supposait une intervention personnelle comme l'action de chanter, de peindre ou l'accomplissement d'un acte juridique.

L'*arbitrium* conservait dans ces diverses hypothèses toute son utilité : en déférant à l'ordre du juge, le défendeur évitait la condamnation : s'il refusait d'obéir, il encourait une condamnation pécuniaire.

CHAPITRE VI.

De la règle : « omnia judicia sunt absolutoria. »

« *Superest ut admoneamus, quod si, ante rem judicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit cum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset ut damnari debeat; et hoc est quod ante vulgo dicebatur omnia judicia absolutoria esse* » (Inst., liv. IV, t. XII, § 2, *De perpetuis et temporalibus actionibus*).

Justinien, dans le chapitre qu'il consacre à la durée et à la transmissibilité des actions, nous avertit qu'il entrait dans l'office du juge d'absoudre le défendeur qui, avant le jugement, faisait droit à la prétention du demandeur.

Cette règle de droit qui se résume en ces quatre mots : « *omnia judicia sunt absolutoria*, » présente une frappante analogie avec l'économie des actions arbitraires : comme celle-ci elle proclame que le défendeur peut obtenir son absolution en satisfaisant, *pendente judicio*, aux prétentions du demandeur. Néanmoins, il ne faudrait

pas conclure que, du jour où elle fut admise, toutes les actions devinrent arbitraires. Tandis que l'absolution, en vertu de cette règle générale, résulte d'une satisfaction toute spontanée et entièrement conforme à la demande, dans les actions arbitraires, la satisfaction est un acte d'obéissance au *jussus* du juge qui en détermine, dans son *arbitrium*, la nature et le montant. *Arbitrium*, *jussus* et *juramentum in litem* sont trois éléments spéciaux des actions arbitraires que l'introduction de la règle générale qui nous occupe n'a pas eu pour effet d'étendre aux autres actions.

La règle « *omnia judicia sunt absolutoria* » fut primitivement admise sans difficulté dans les actions de bonne foi et arbitraires; elle était conforme à l'équité qui était la base des unes et au but poursuivi par les autres.

Au contraire, pour les actions qui ne rentraient dans aucune de ces deux classes, une vive controverse s'éleva entre les Sabinien et les Proculien; les premiers, voulant qu'une restitution emportât toujours absolution, les autres niant qu'une satisfaction volontaire pût faire obstacle à une condamnation. La doctrine Proculienne avait le mérite d'être conforme au principe d'après lequel, les événements qui eussent pu paralyser la poursuite avant la *litis contestatio* étaient sans effet depuis; aussi eut-elle des partisans (même dans les rangs des Sabinien) jusqu'au III^e siècle, comme nous l'attestent deux textes, l'un d'Ulpien (loi 23, § 3, *De condictione indebiti*, liv. XII, t. VI) et l'autre de Paul : « *Quod si jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si ædifices* » (loi 84, *De verborum obligatione*, liv. XLV, t. I)

Néanmoins la doctrine Sabinienne prévalut, comme

plus conforme au bon sens. Les Institutes nous disent que, d'après elle, malgré l'effet extinctif de la *litis contestatio*, l'objet dû antérieurement demeure pour le défendeur *in facultate solutionis*.

CHAPITRE VII.

Les actions arbitraires et le droit français.



Il nous paraît intéressant de rechercher en quelques lignes les traces que les actions arbitraires ont pu laisser dans notre droit et d'examiner dans quelle mesure il s'est inspiré du système romain.

Au début de cette étude, nous avons dit quelle avait été la raison d'être des actions arbitraires et quels progrès elles avaient réalisés; nous avons vu, en terminant, que la procédure extraordinaire avait mis fin à leur principale utilité en adoptant le système plus équitable des condamnations *ad ipsam rem*, et en autorisant l'exécution forcée des jugements.

Notre droit a retenu ce dernier état de choses, et de nos jours, toute action tend à procurer au demandeur l'objet même de son droit : c'est dire qu'il ne saurait être question d'actions arbitraires, puisque le but qu'elles se proposaient est atteint sans détour dans notre législation.

Mais, même sous la procédure extraordinaire, les actions arbitraires présentaient encore, dans certains cas que nous avons indiqués, une utilité qui leur sauva la vie.

C'était dans les obligations de faire ou de ne pas faire, qui, exigeant le concours du défendeur, ne donnaient pas lieu à l'exécution *manu militari* du *jussus*. Dans ce cas on pouvait encore espérer triompher de la résistance du défendeur par la contrainte indirecte d'une forte condamnation. Une espèce analogue se présente dans notre droit.

Il est bien évident que pour toutes les obligations de faire, qui ne peuvent être accomplies que par le débiteur, comme la promesse d'un peintre de faire un tableau, d'un acteur de chanter dans un concert, d'un architecte de dresser un plan, etc., on ne peut obtenir, par une contrainte exercée sur la personne du débiteur, une exécution effective.

Pour toutes ces sortes d'obligations qui dépendent essentiellement de la volonté du débiteur, le Code civil, dans l'article 1142, décide que la non-exécution se résout en dommages-intérêts.

On admet assez généralement que ces dommages-intérêts doivent être seulement l'exacte appréciation du préjudice souffert par le créancier; mais la jurisprudence prétend, d'une manière à peu près constante et à juste titre, à notre avis, en faire un moyen de contrainte contre la résistance du débiteur qui ne veut pas s'exécuter.

La forme la plus habituelle de cette contrainte consiste après une condamnation *ad rem ipsam*, qui est un véritable *arbitrium*, à condamner le débiteur à des dommages-intérêts pour le passé et même pour l'avenir, en fixant une somme dont chaque jour de retard le rendra débiteur.

La jurisprudence applique ce moyen et au retard dans l'exécution et à l'inexécution elle-même. *

Nous pouvons citer de nombreux arrêts en ce sens.

« Attendu que la fixation des dommages à tant par

jour de retard, *n'est pas une exacte appréciation du préjudice souffert*, MAIS BIEN PLUTÔT UN MOYEN DE CONTRAINTE DESTINÉ A TRIOMPHER DE RÉSISTANCES OBSTINÉES ET INJUSTES..., etc. » (Cour de Montpellier, 1^{er} avril 1862, Chemin de fer du Midi; Sirey, 1862, 2, 335).

« Considérant que la dame P... demande que, par suite du refus opposé par P..., son mari, à l'exécution d'une obligation qui lui a été imposée par l'arrêt de la Cour, le dit P... soit condamné à des dommages-intérêts à payer par chaque jour de retard; qu'il ne s'agit pas *de substituer à une obligation de faire des dommages-intérêts*, dans lesquels viendraient se résoudre cette obligation; mais *en maintenant dans son intégrité cette dite obligation, d'accorder des dommages-intérêts comme moyen d'obtenir l'exécution de la condamnation prononcée contre P...*;

» Considérant que la dame P... a droit d'obtenir, au refus de son mari d'exécuter l'arrêt du 1^{er} mars, des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard et dans des proportions justes et raisonnables, qui *permettent d'espérer que la justice verra enfin céder la résistance fâcheuse apportée à sa décision...* » (Cour d'Angers, arrêt du 14 décembre 1855; Sirey, 1857, 1, 267).

La Cour suprême a ratifié par son verdict l'opinion de la Cour d'Angers, que nous venons de citer. Voici en quels termes :

« ... Attendu que, si la loi, au cas d'inexécution ou de retard n'autorise aucune voie de violence ou contrainte contre la personne, qui porte atteinte à sa liberté par la nécessité de faire ou d'agir, elle a accordé au créancier le moyen d'être préservé du préjudice résultant de l'inexécution ou du retard dans l'exécution, en donnant

au juge la faculté d'apprécier en argent l'importance de ce préjudice; — Qu'on ne saurait prétendre avec raison, que la volonté persistante du débiteur de ne pas satisfaire à ses obligations, puisse lui servir de protection contre l'application des articles cités, puisque, dans ce cas, cette résistance devient un tort plus grave et qu'il *importe de prononcer pour la vaincre, une condamnation en proportion avec les intérêts engagés*, proportion qu'il appartient au juge du fait d'apprécier souverainement; — Qu'ainsi l'arrêt attaqué *loin de violer l'article 1142, n'a fait que se conformer aux principes de la matière dans la condamnation prononcée contre le demandeur, dont il est libre d'arrêter les effets, en obéissant à ces prescriptions* » (Sirey, 1857, 1, 267).

La théorie qui ressort de ces arrêts, conforme à l'esprit du Code civil, présente une frappante analogie avec le système des actions arbitraires. Comme dans ces actions, après avoir fixé dans un *arbitrium* la satisfaction à fournir, le juge, dépourvu de tout moyen coercitif efficace, a le pouvoir de vaincre par une condamnation pécuniaire, la résistance du défendeur. Il est vrai toutefois que le demandeur n'est plus appelé à fixer par serment le montant de la condamnation.

Remarquons que les auteurs qui refusent aux dommages-intérêts le caractère comminatoire, dans le cas prévu par l'article 1142, le leur reconnaissent lorsque le débiteur condamné en vertu de l'article 1143 refuse de se soumettre ⁽¹⁾.

Là se bornent, croyons-nous, les analogies entre notre droit et le système romain des actions arbitraires.

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 42, note 15.

DROIT FRANÇAIS.



DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS.

DROIT FRANÇAIS.

DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS.

CHAPITRE PREMIER.

Notions préliminaires et historiques.

Tout dissentiment entre deux autorités prend, dans le langage administratif, le nom de conflit.

Dans une acception plus étroite et plus stricte, le conflit est une lutte de compétence qui s'élève tantôt entre deux juridictions du même ordre, c'est le conflit de juridictions, tantôt entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, c'est le conflit d'attributions.

Le conflit de juridictions, dont nous n'avons pas à nous occuper dans cette étude, est un simple incident de procédure qui ne compromet aucun principe de droit public; aussi les parties dont l'intérêt est en jeu doivent elles-mêmes en provoquer la solution, en s'adressant au tri-

bunal hiérarchique supérieur dans la sphère administrative ou judiciaire. Un règlement de juges fait par ce tribunal vide définitivement ce conflit.

Lorsque le débat s'engage entre les deux autorités judiciaire et administrative, il y a conflit d'attributions; positif, lorsque pour connaître d'une même affaire, elles affirment toutes deux leur propre compétence; négatif, quand saisies d'une même contestation elles se déclarent incompétentes et refusent de statuer.

Dans le conflit positif d'attributions, un intérêt supérieur à l'intérêt privé qui fait l'objet du procès est mis en jeu. En effet, la part de compétence dévolue à chacun des deux ordres par l'organisation politique des pouvoirs est mise en question : il devient alors nécessaire qu'un tribunal supérieur aux deux autorités tranche le conflit en faisant respecter la délimitation imposée à chacune d'elles.

Le conflit a donc pour but d'assurer le fonctionnement régulier du principe de la séparation des pouvoirs et spécialement, nous le verrons, de garantir l'indépendance de l'autorité administrative à l'égard de l'autorité judiciaire.

Aussi, nous paraît-il nécessaire, avant d'aborder l'étude du conflit, de dire ce qu'il faut entendre par principe de la séparation des pouvoirs, d'exposer les raisons qui ont nécessité l'institution d'une juridiction administrative et d'indiquer sommairement le domaine de cette juridiction : domaine que l'institution du conflit est appelé à sauvegarder.

Après ces notions préliminaires, nous passerons rapidement en revue l'histoire des conflits.

Nous étudierons ensuite, dans un deuxième chapitre,

consacré au conflit positif : 1° Les matières qui peuvent donner lieu au conflit positif et les juridictions devant lesquelles il peut être élevé; 2° Quel est l'agent compétent pour élever le conflit; 3° A quelle phase de l'instance judiciaire le conflit peut être élevé; 4° La procédure à suivre devant le tribunal saisi de la contestation; 5° L'autorité compétente pour statuer sur le conflit et la procédure à suivre devant cette autorité; 6° La nature et les effets des décisions rendues sur conflits.

Dans notre troisième chapitre nous verrons : 1° les conditions de l'existence du conflit négatif et 2° le règlement de ce conflit.

Enfin nous indiquerons dans un dernier chapitre la procédure du conflit en Algérie et dans les colonies.

Montesquieu le premier proclama le principe de la séparation des pouvoirs. Après avoir montré que la réunion dans une même main des puissances législative et exécutive peut mener à la tyrannie, il ajoutait : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur (1). »

L'Assemblée constituante adopta cette division tripartite des pouvoirs et proclama sa nécessité dans la déclaration des droits de l'homme. « Toute société dans laquelle

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. XI, ch. VI, *De la constitution de l'Angleterre*.

la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs organisée, n'a point de constitution » (art. 16). Presque toutes les dispositions qui forment ce grand principe de notre droit moderne émanent d'elle. La Convention et le Directoire les ont simplement reproduites et confirmées.

Une première loi des 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790, relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, porte : « qu'elles ne pourront être troublées par aucun acte du pouvoir judiciaire » (art. 7, section III).

D'autres textes, la loi des 16-24 août 1790, la constitution du 3 septembre 1791 et enfin le décret de la Convention du 16 fructidor an III établissent plus nettement encore le principe de la séparation des pouvoirs.

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions » (loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, tit. II, art. 13). « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions » (constitution du 3 septembre 1790, tit. III, ch. v, art. 3). « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit » (Décret de la Convention nationale du 16 fructidor an III, article unique).

Divers motifs entraînèrent la Constituante à proclamer

le principe de la séparation des pouvoirs. Elle se rappelait que, dans les luttes engagées au XVIII^e siècle entre la royauté et les parlements, les torts n'avaient pas été ordinairement du côté de l'autorité royale et que les réformes les plus sages, notamment les édits proposés par Turgot, avaient été entravées par la résistance des corps judiciaires.

D'autre part la Constituante voulait engager le pouvoir exécutif dans la voie des réformes; or, pour atteindre ce but il était indispensable de laisser à l'administration sa liberté d'action sous le contrôle du pouvoir législatif.

Elle pensa, que pour assurer pleinement l'indépendance de l'autorité administrative il était nécessaire de soustraire à la compétence judiciaire toutes les contestations qui naîtraient de l'exécution des actes administratifs. Mais à qui en attribuer la connaissance? Deux partis s'offraient à elle : reconstituer les tribunaux administratifs de l'ancien régime, ou donner à l'administration elle-même la connaissance du contentieux administratif. Elle adopta ce dernier parti.

En conférant ainsi la connaissance des litiges administratifs aux municipalités, aux directoires de districts, de départements et aux ministres, la Constituante réunissait dans les mêmes mains la juridiction et l'action administratives. En l'an III, la délibération leur fut également confiée. Cette confusion dura jusqu'à la constitution de l'an VII; la législation consulaire y mit fin en faisant une part distincte à la juridiction qu'elle commença d'organiser. La création du Conseil d'État par la constitution du 22 frimaire an VIII, celle des Conseils de Préfecture par la loi du 28 pluviôse de la même année et l'institution de la Cour des comptes en 1807 réalisèrent une juridic-

tion administrative qui a survécu aux attaques passionnées dont elle a été maintes fois l'objet.

La nécessité d'une juridiction spéciale pour les questions administratives est aujourd'hui assez généralement reconnue. On sent le besoin, disent ses partisans, de voir ces matières si délicates, qui touchent par tant de points aux intérêts généraux, réglées par des hommes en contact habituel avec l'administration, pénétrés de son esprit et se dégageant dans une certaine mesure du point de vue de l'intérêt individuel et privé, qui préside plus particulièrement aux décisions judiciaires (1).

Citons encore les paroles de M. Vivien, défendant la justice administrative, en 1849, à la tribune de l'Assemblée constituante, contre les attaques qui y avaient été portées; jamais cette juridiction spéciale n'avait rencontré de plus chaleureux défenseur. « Dans l'opinion de la Commission, disait-il, le contentieux administratif ne saurait, en aucune façon, être soumis aux tribunaux ordinaires. Les lois et les contrats administratifs appartiennent à un ordre d'idées et d'intérêts complètement étrangers aux juridictions civiles; il faut, pour les appliquer, des connaissances pratiques, des études légales qu'on ne trouverait pas auprès de ces juridictions. Il y aurait danger pour l'administration à la soumettre à des juges qui ne sont pas initiés à ses nécessités, à ses usages, à ses besoins; qui, par devoir, se préoccupent presque exclusivement du droit privé et dont l'invasion, dans le domaine administratif, aurait bientôt détruit le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs. La création de juridictions spéciales répondrait à une partie de

(1) M. de Larcy, rapport aux Chambres.

ces objections. Des juridictions spéciales pourraient être composées de manière à offrir les garanties de lumière et d'expériences nécessaires aux jugements des contestations administratives. Mais, placées en dehors de l'administration, elles seraient exposées à s'en séparer bientôt par l'esprit et les tendances que leur imprimerait l'habitude d'une juridiction indépendante; elles seraient tentées, à leur tour, d'absorber dans leur autorité celle du Gouvernement, et bientôt l'administration tout entière pourrait devenir leur subordonnée, pour ne pas dire leur vassale. »

Si nous souscrivons aux raisons que M. Vivien fait valoir pour établir la nécessité d'une juridiction spéciale, étrangère aux tribunaux de droit commun, à laquelle doit être attribuée la connaissance du contentieux administratif, nous faisons nos réserves sur plusieurs points de sa discussion et nous repoussons absolument la seconde partie de ses conclusions. Nous croyons qu'une juridiction indépendante, placée aux côtés de l'administration, mais en dehors d'elle, donnerait aux justiciables des garanties que l'administration, le plus souvent juge et partie, ne peut lui assurer. La crainte de voir ces tribunaux absorber l'autorité gouvernementale et administrative nous semble chimérique, et nous sommes persuadés, d'autre part, que l'intérêt général serait aussi scrupuleusement sauvegardé. Ne trouvons-nous pas, dans la bouche d'un des plus chauds partisans de la justice administrative, l'aveu que la Cour de cassation, dans sa sphère, protège l'intérêt public d'une manière bien plus efficace que ne le fait le Conseil d'État. « Nous avons entendu, dit M. Aucoc ⁽¹⁾, des ingénieurs regretter la ju-

(1) *Conférences sur l'administration*, t. I, p. 395.

risprudence du Conseil d'État sur diverses questions relatives au service de la grande voirie, notamment à la servitude d'alignement. Ils faisaient remarquer que la Cour de cassation, dans l'application qu'elle fait en matière de petite voirie, des règlements antérieurs à 1789, est bien moins favorable que le Conseil d'État à la propriété privée et protège d'une manière bien plus efficace l'intérêt public. »

On ajoute encore, en faveur de la justice administrative, que devant elle la procédure est plus rapide, plus simple et moins onéreuse pour les parties que la procédure civile.

La nécessité d'une juridiction administrative, étant admise, examinons brièvement quel est le domaine propre de cette juridiction et dans quels cas elle peut être appelée à statuer. ,

Le contentieux administratif comprend d'une manière générale l'ensemble des contestations soumises aux tribunaux administratifs; mais nous allons voir qu'on désigne plus particulièrement sous ce nom une catégorie d'affaires, dans lesquelles ces tribunaux sont juges du fond.

La juridiction administrative peut être saisie dans trois conditions différentes :

1° Elle juge au fond les réclamations élevées contre un acte administratif qui lèse immédiatement un droit. Dans ce cas, elle peut substituer sa propre décision à celle qui est attaquée devant elle. C'est là le contentieux administratif proprement dit : il embrasse toutes les contestations et réclamations, sur lesquelles doit intervenir une décision au fond, quand elles mettent en présence l'intérêt public avec un droit individuel.

2° Elle est encore appelée à se prononcer sur le sens et

la portée d'actes administratifs, dans le cas où une interprétation est nécessaire pour la solution d'un litige soit administratif, soit judiciaire.

3° Enfin, elle est saisie d'un recours tendant à faire tomber un acte irrégulier. Elle joue alors le rôle de Cour de cassation et, comme cette Cour, elle ne peut substituer une décision à celle qu'elle frappe de nullité.

Il est à peu près impossible de donner une définition de l'ensemble des contestations qui sont exclusivement soumises à la juridiction administrative. Cette impossibilité tient à différentes causes. Le législateur n'a pas formulé de règle générale précisant les circonstances dans lesquelles un acte administratif donnerait naissance à un recours devant une juridiction administrative. D'autre part, en dehors des cas où le recours est ouvert par un texte législatif et la juridiction compétente expressément désignée, les principes ont conduit, dans beaucoup d'hypothèses, à faire reconnaître qu'une réclamation contentieuse était recevable. En sens inverse, certains actes de l'administration, qui certainement blessent un droit, n'ont pas paru de nature à être l'objet d'un recours juridique.

D'ailleurs, de ce qu'un recours est ouvert contre un acte administratif, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il doive être porté devant les tribunaux administratifs, l'autorité judiciaire est souvent compétente pour en connaître. Le législateur, en posant le principe de la séparation des pouvoirs et en organisant pour le mettre en œuvre, les juridictions administratives, s'est abstenu de fixer les bornes de la compétence des deux autorités. La juridiction administrative a vu, par une longue série de lois, son domaine étendu sur certains points et restreint sur d'autres.

Avant de passer à l'examen des conditions requises pour qu'un acte administratif donne ouverture à un recours contentieux, il faut préciser ce qu'on entend par acte administratif.

Un certain nombre d'actes avec lesquels il pourrait être confondu doivent dès d'abord être éliminés. Ce sont en premier lieu les actes de Gouvernement. Quoique confiée aux mêmes mains, l'autorité gouvernementale est cependant profondément distincte de l'autorité administrative. Le pouvoir exécutif fait l'œuvre gouvernementale en imprimant au pays une direction générale, en le guidant dans ses relations internationales, en veillant à la prospérité commune; son œuvre est complétée par l'administration qui, dans une sphère plus humble, assure la réalisation des détails. Subordonnée au Gouvernement, il est naturel que l'autorité administrative ne puisse en connaître les actes. Les actes gouvernementaux comprennent les faits de guerre, le droit de conférer et de reconnaître les titres de noblesse, les actes qui concernent les relations diplomatiques.

La seconde catégorie d'actes qui ne doivent pas être confondus avec les actes administratifs, sont les actes réglementaires. Le droit de faire des règlements, inhérent au pouvoir exécutif, est le complément indispensable de l'œuvre législative qu'il a mission d'achever et de parfaire. Le ressort des règlements comprend les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre, que l'intervention de la puissance qui constitue ou qui crée ⁽¹⁾. Le pouvoir judiciaire connaît

(1) De Broglie, *Revue française*, 1828.

de ces règlements. Il était naturel et logique, que ceux-là qui se sont chargés d'interpréter et d'appliquer la loi, soient également compétents pour connaître des règlements qui en sont le complément et l'extension.

Les actes contractuels forment la troisième catégorie d'actes qu'il faut distinguer des actes administratifs proprement dits.

Les actes contractuels interviennent dans deux espèces bien différentes. Tantôt l'État propriétaire, fait, comme un simple particulier, un acte de gestion et tantôt l'État, puissance publique, agit comme représentant les intérêts généraux. Dans le premier cas, l'assimilation entre l'État et une personne privée est complète et les contestations que peut soulever l'administration de ses biens sont soumises aux règles de compétence de droit commun. Ce principe a toutefois subi quelques dérogations; la plus importante est celle introduite par la loi du 28 pluviôse an VIII sur les conseils de préfecture, qui attribue à la juridiction administrative la connaissance des litiges résultant des ventes par l'État de domaines nationaux.

Au contraire, l'État peut figurer dans un contrat comme puissance publique; tel est le cas où il poursuit l'exécution de travaux publics ou passe des marchés de fournitures. L'intérêt public étant en jeu dans ces contrats, les difficultés soulevées par leur exécution devraient être soumises à la juridiction administrative.

Cette théorie, exacte à notre avis, qui distingue l'État individu de l'État puissance publique et qui répartit, suivant cette distinction, les actes contractuels entre les deux autorités administrative et judiciaire, n'est pas admise par la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. Suivant cette jurisprudence, l'autorité

judiciaire est seule compétente pour statuer sur les droits et obligations qui dérivent d'un contrat passé par l'administration, alors même que ce contrat a été passé en vue d'un service public. Suivant elle, la juridiction administrative ne peut être saisie de difficultés soulevées par l'exécution d'un contrat, que si un texte législatif lui en attribue formellement la compétence. C'est ainsi que les Conseils de préfecture sont exceptionnellement investis par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, du droit de trancher les contestations relatives aux marchés de travaux publics ou de fournitures passés pour le compte de l'État.

Les actes gouvernementaux, réglementaires et contractuels étant écartés, nous nous trouvons en présence de l'acte administratif proprement dit, acte individuel et spécial que l'administrateur fait dans l'exercice de ses fonctions.

Examinons dans quel cas cet acte pourra être déféré à une juridiction administrative.

Pour qu'un recours par la voie contentieuse soit ouvert contre un acte administratif, deux conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que cet acte lèse un droit acquis et non simplement un intérêt, 2° que cette lésion soit immédiate.

Chargée de veiller à l'intérêt général et de satisfaire les intérêts collectifs de la nation, par l'organisation et la gestion des services publics et par des mesures de police, l'administration peut être obligée, dans l'exercice de son mandat, tantôt de froisser des intérêts particuliers, tantôt de blesser des droits acquis. La première hypothèse se présente, par exemple, lorsqu'un groupe de particuliers intéressés au tracé d'une ligne de chemin de fer, critique le projet de l'administration. Leur réclamation peut

légitimement se produire, mais elle doit être portée devant l'administration elle-même, pour tenter de la faire revenir sur sa décision, et non devant une juridiction, car s'il y a des intérêts compromis, il n'y a aucun droit lésé.

Lors, au contraire, qu'il existe un droit fondé sur une disposition de loi, un règlement ou un contrat et que ce droit est atteint par un acte administratif, un recours contentieux est ouvert contre cet acte. Ainsi, au cas où les services admissibles pour la pension de retraite ont été omis dans la liquidation qui a été faite au nom du retraité, il peut se plaindre de la violation d'un droit acquis et demander par la voie contentieuse l'annulation de l'ordonnance qui arrêtaît cette liquidation.

Nous avons dit qu'il ne suffisait pas qu'il y eût lésion d'un droit, qu'il fallait encore que la lésion fût immédiate, qu'il y eût un préjudice actuel. La nécessité d'assurer le fonctionnement normal et régulier de la justice administrative et de prévenir les procès mal engagés, justifie pleinement cette deuxième condition. Les particuliers sont enclins à contester, comme de nature à porter atteinte à leurs droits, certains actes de l'administration qui n'ont pas par eux-mêmes cet effet.

Ce sont les actes préparatoires, comme des mises en demeure, des injonctions adressées à des particuliers, des instructions générales ou spéciales données par un agent supérieur à un subordonné. Nous citerons, comme exemple d'acte préparatoire, l'injonction adressée à un manufacturier d'avoir à produire les titres qui établissent son droit à prendre l'eau d'une rivière et de démolir les ouvrages déjà faits, s'il ne peut faire cette production. Aucun recours ne serait ouvert contre cette mise en de-

meure, parce qu'elle ne lèse pas immédiatement le droit du propriétaire; c'est seulement l'arrêté pris pour l'obliger à démolir qu'il pourrait attaquer par la voie contentieuse.

Ce sont encore les actes par lesquels l'administration, partie contractante, rejette une demande qui lui est adressée, en exécution d'une convention passée avec elle. Tel est le cas où un ministre des Travaux publics refuse d'accueillir la demande en supplément de prix d'un entrepreneur, pour un travail exécuté dans des conditions autres que celles prévues au marché. Si l'administration, dans cette hypothèse, prétend ne pas être obligée, ce n'est que la prétention d'une partie contractante et non une décision judiciaire. L'entrepreneur peut saisir la juridiction compétente, dans l'espèce le Conseil de préfecture, d'une demande en supplément de prix, mais il ne peut attaquer par la voie contentieuse le refus du ministre.

Enfin, ce sont encore les actes faits par l'administration en vertu du pouvoir tutélaire que la loi lui confère sur les départements, les communes et les établissements publics. Un préfet, par exemple, autorise une commune à vendre une parcelle de terrain faisant partie d'un chemin rural. Cet arrêté est un acte de tutelle qu'un particulier, qui se prétend propriétaire de cette parcelle, ne pourrait attaquer par la voie contentieuse. En effet, cet arrêté ne l'empêche pas de faire valoir en justice son droit de propriété.

Ajoutons que dans certains cas où l'administration agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire et où, par conséquent, ses actes ne devraient être soumis qu'à la juridiction gracieuse, le législateur, pour mieux protéger les intérêts particuliers, a ouvert un recours contentieux contre ces actes. Tel est le cas, prévu par les lois du 15

octobre 1810 et 25 mars 1825, réglementant l'établissement des ateliers insalubres. Il appartient au préfet ou au sous-préfet d'autoriser ces sortes d'ateliers, et cependant les industriels et les propriétaires voisins peuvent se pourvoir, par voie contentieuse, les uns contre le refus d'autorisation, les autres contre l'autorisation accordée.

Nous avons dit que la juridiction administrative pouvait, en second lieu, être saisie d'une demande en interprétation d'actes administratifs, invoqués, au cours d'un procès, comme créant des droits à leur profit. Cette règle est basée sur l'axiome : « *cujus condere legem, ejusdem interpretari.* » Déterminer inexactement le sens et la portée d'un acte sur les droits qui en découlent, équivaut souvent à annuler l'acte lui-même. Il fallait donc, pour assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs, que l'autorité judiciaire ne fût pas appelée à interpréter un acte administratif. La jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour suprême sont identiques et constantes sur ce point : l'autorité judiciaire, placée en face d'un acte de l'autorité administrative, doit, lorsque le sens en est contesté, suspendre son jugement jusqu'à ce que l'interprétation en ait été donnée par l'autorité dont il émane.

Cette règle générale n'est pas sans quelques exceptions.

En premier lieu l'interprétation ne devrait pas être demandée par l'autorité judiciaire pour les actes administratifs qui rentrent dans sa propre compétence. Elle interprétera donc elle-même les difficultés que soulèveraient les actes réglementaires, les actes contractuels passés par l'État, les tarifs des octrois, les droits de péage perçus par les concessionnaires de ponts, les impôts indirects, etc.

Il faut encore, pour qu'il y ait lieu de demander à l'autorité administrative l'interprétation d'un acte dont le tribunal a à faire l'application, qu'il soit réellement équivoque ou obscur; la simple allégation d'une partie, qu'il y a lieu à interprétation, ne suffit pas pour obliger les juges à se déclarer incompétents. Décider autrement serait remettre à la mauvaise foi d'un plaideur téméraire le droit de suspendre le cours de la justice. Mais le Conseil d'État a décidé qu'il en allait autrement, lorsque l'administration elle-même, représentée par le préfet, déclarait que tel acte manquait de clarté; le tribunal, alors même qu'il serait d'un avis différent, devrait suspendre sa décision.

En vertu du principe « *cujus condere legem ejusdem interpretari*, » c'est à l'autorité de qui cet acte émane, ou s'il s'agit d'actes anciens, à celle qui l'a remplacée, qu'il appartient d'en déterminer le sens.

Aucune difficulté ne s'élève pour l'interprétation des actes émanés de l'une des autorités constituées depuis 1789. Pour les actes de l'autorité royale avant la Révolution, le roi ayant entre les mains tous les pouvoirs, il faut distinguer si l'acte rentrait dans le domaine législatif ou dans le domaine administratif; les tribunaux dans le premier cas en donneront l'interprétation, dans le second, au contraire, ce sera à la juridiction administrative qu'il appartiendra de prononcer. La même solution s'impose pour les actes des souverains des pays annexés à la France.

Le droit d'interpréter un acte administratif rentre dans les attributions contentieuses, et non dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration; aussi, toutes les garanties qui entourent le jugement des litiges administratifs, doivent accompagner l'interprétation demandée à l'au-

teur de l'acte. Si l'interprétation donnée par son auteur est contestée, un recours contentieux devant le Conseil d'État est ouvert aux parties. Il est, en effet, nécessaire d'assurer le respect des droits que cet acte a fait naître; l'autorité qui, armée d'un pouvoir discrétionnaire, pouvait ne pas le faire, ne peut le modifier à son gré lorsque plus tard elle est comme juge appelée à l'interpréter.

En troisième lieu, le Conseil d'État, expression la plus haute de la justice administrative, peut être saisi de recours pour excès de pouvoirs. Il remplit alors dans l'ordre administratif la fonction que la Cour de cassation exerce dans l'ordre judiciaire. Dans le langage judiciaire, l'excès de pouvoirs ne désigne que l'empiètement sur les attributions législatives ou administratives. Mais la jurisprudence du Conseil d'État donne à cette dénomination une toute autre importance.

Suivant elle, il y a excès de pouvoirs : 1° quand l'administrateur sort des limites de sa compétence, soit qu'il usurpe les attributions d'une autorité administrative, tel est le cas où un préfet prend un arrêté qu'il n'appartient de prendre qu'au chef du pouvoir exécutif, soit qu'il usurpe les fonctions du pouvoir judiciaire, soit enfin qu'il empiète sur les droits du pouvoir législatif.

2° Quand l'administrateur néglige de suivre les formes déterminées par les lois ou par les règlements.

3° Quand l'administrateur emploie le pouvoir qui lui est confié dans un but tout différent de celui que se proposait le législateur.

L'extension donnée au recours pour excès de pouvoirs tend à restreindre les effets de l'arbitraire administratif, mais quelles sont les limites que le Conseil d'État a imposées à son contrôle?

Pendant longtemps la jurisprudence refusa d'admettre les recours pour excès de pouvoirs, toutes les fois qu'une autre voie contentieuse contre l'acte attaqué était ouverte aux parties, soit devant la juridiction administrative, soit devant l'autorité judiciaire. Le Conseil jugeait ce concours d'actions inutile et craignait une contrariété de décisions, particulièrement lorsque l'affaire pouvait également être portée devant les tribunaux civils. Aujourd'hui, dans de nombreuses affaires, le Conseil admet le recours pour excès de pouvoirs, alors même qu'il y a d'autres moyens de faire tomber l'acte attaqué. « Le Conseil d'État, dit M. Aucoc, n'a jamais considéré le recours pour excès de pouvoirs comme destiné à remplacer complètement, au gré des parties, les recours organisés par la législation, soit devant la juridiction administrative, soit surtout devant l'autorité judiciaire. Seulement, toutes les fois qu'il a été saisi d'un recours contre un acte qui lui paraissait entaché d'un excès de pouvoirs flagrant, qui empiétait sur les attributions d'une autre autorité, ou qui portait atteinte aux droits des citoyens, sans qu'on pût les rattacher à l'exercice des pouvoirs attribués par le législateur à l'autorité dont il émanait, il a cru opportun et utile d'user de ce droit suprême de contrôle qui lui appartient sur tous les actes des agents de l'administration, sans attendre que l'excès de pouvoirs fût consommé par l'exécution de l'acte ou des poursuites dirigées contre des citoyens (1). »

En résumé, le contentieux administratif se divise en trois branches. La première, qui dans un sens plus strict forme à elle seule le contentieux administratif, comprend :

Les réclamations élevées contre un acte administratif

(1) Aucoc, *Conférences sur l'administration*, tome I.

individuel dont l'effet immédiat est de léser un droit acquis en vertu d'une loi, d'un règlement ou d'un contrat;

Les réclamations contre un acte administratif qui ne blesse qu'un intérêt, dans le cas où la loi a expressément ouvert un recours par la voie contentieuse;

Les contestations qui, relevant par leur nature de l'autorité judiciaire, ont été placées par des lois spéciales dans les attributions de la juridiction administrative.

La deuxième branche comprend l'interprétation des actes administratifs et le recours pour excès de pouvoirs forme la troisième.

Nous avons déjà dit que le contentieux administratif n'embrasse pas tous les procès qui peuvent s'élever entre l'administration et les particuliers. Pour un très grand nombre de contestations qui surgissent à l'occasion d'actes administratifs, le législateur a fait échec au principe de la séparation des pouvoirs en confiant à l'autorité judiciaire le soin de les trancher. Nous ne citerons que les plus caractéristiques.

Les questions relatives à l'état civil, à la nationalité, au domicile, au droit de propriété, à ses démembrements, aux servitudes qui dérivent des dispositions du droit privé, sont exclusivement de la compétence de l'autorité judiciaire; seule elle peut prononcer sur toutes ces questions, même à l'égard de l'autorité administrative. Ce principe découle de la loi des 16-24 août 1790 et de diverses lois spéciales.

La compétence judiciaire s'étend même par certains côtés sur le domaine propre du droit administratif. C'est ainsi que les tribunaux connaissent des actions relatives à la perception des contributions indirectes (loi des 7-11 septembre 1790, art. 2) et règlent les indemnités dues

aux propriétaires dépossédés par l'exécution des travaux publics (lois des 8 mars 1810; 7 juillet 1833; 3 mai 1841).

Les difficultés qui soulèvent l'application des règlements sont également soumises aux tribunaux de l'ordre judiciaire. L'article 471, n° 15, leur donne le pouvoir d'en vérifier la légalité en disant qu'ils ne doivent prononcer de peines qu'à raison d'infractions aux règlements légalement faits.

Enfin nous avons vu que les actes contractuels faits par l'administration, même en vue d'un service public, relevaient de la compétence de l'autorité judiciaire.

Telles sont rapidement exposées les limites qui séparent les domaines des deux autorités administrative et judiciaire. Nous n'avons pas besoin d'insister pour faire ressortir combien ces bornes sont peu apparentes et quelle source de conflits constitue ce défaut de délimitation bien précise. Il donne journellement naissance à de graves questions de compétence, que je ne fais que signaler. L'une des plus importantes, aujourd'hui tranchée dans le sens de l'administration, s'agitait à propos du droit de reconnaître l'État débiteur comme responsable de ses agents. D'autres s'élèvent encore à propos de réclamations de particuliers atteints par un acte administratif dans leur propriété, leur domicile, leur liberté individuelle, leurs droits résultant de contrats, ou encore à propos de poursuites contre les agents administratifs.

Avant d'étudier l'autorité à laquelle a été confié le soin de trancher ces conflits et la procédure à suivre devant elle, il est intéressant d'examiner sommairement comment les conflits naissaient et étaient résolus dans notre ancien droit.

Historique. — Les conflits prirent naissance le jour où un certain nombre de matières contentieuses furent soustraites à l'autorité judiciaire pour être soumises à une juridiction spéciale; le jour, en un mot, où fut créée la justice administrative.

Si nettement, en effet, que soit tracée la ligne de démarcation qui borne le domaine des deux autorités rivales (et cette netteté n'est que rarement atteinte), elle peut n'être pas aperçue et n'est jamais suffisamment respectée. Les questions de compétence sont délicates, par nature et tous les corps ont une invincible tendance à étendre le cercle de leurs attributions. Aussi, l'empiètement est inévitable et l'institution du conflit est nécessaire pour rétablir l'équilibre troublé.

L'histoire des conflits est donc inséparablement liée à celle de la justice administrative qui leur donna naissance.

La République romaine, pas plus que la Grèce, ne connut la justice administrative. Les magistrats concentraient dans leurs mains les doubles pouvoirs de juge et d'administrateur.

C'est seulement sous l'Empire qu'elle prit naissance. Claude créa le premier une juridiction administrative, en instituant les *procuratores rei Cesaris*, intendants de la fortune impériale, qu'il fit du même coup, juges d'un assez grand nombre d'affaires fiscales.

La première loi relative à la compétence des tribunaux administratifs date de l'an 337, sous Constantin (1). Elle donne aux *rationales*, qui ont remplacé les *procuratores*

(1) Code, loi 5, *Ubi causæ fiscales*, livre III, titre xxvi : « *Ad fiscum pertinentes causas rationalis decidad.* »

institués par Claude, la connaissance de toutes les questions intéressant le fisc.

Depuis Dioclétien, les jugements des *rationales* purent être frappés d'appel; cet appel était porté devant les officiers de la Cour impériale : le *comes sacrarum largitionum* et le *comes rei privatæ* « ce qu'on appellerait aujourd'hui, dit M. Dareste, le ministre des finances et le ministre de la maison de l'empereur. » Les conflits qui s'élevaient entre les magistrats ordinaires et les *rationales* étaient tranchés par l'empereur, source de toute justice, assisté de son conseil.

Les Germains ignorèrent les juridictions administratives; toutefois, le pouvoir central paraît avoir cherché à retenir les affaires fiscales.

Sous la monarchie franque et plus tard, sous la race carlovingienne, la confusion des pouvoirs est absolue; les *comites*, les *vicarii* et les *missi dominici* administrent et rendent la justice, tout en relevant du roi, auquel sont portées les plaintes contre les magistrats inférieurs et les causes qui, par l'intérêt engagé ou par la qualité des parties, ont une réelle importance.

Le droit de rendre la justice et l'autorité administrative, à l'époque féodale, sont encore réunis dans la même main : mais la royauté a abdiqué ses droits au profit des seigneurs qui les exercent comme tous les autres droits régaliens.

L'histoire des juridictions administratives commence avec le ^{xiii}e siècle, pendant la période du Moyen-âge.

La Cour du roi, en 1302, sous Philippe le Bel, se divise en trois sections, qui tendent rapidement à se proclamer indépendantes. C'est, en premier lieu, le Parlement qui devient un haut tribunal judiciaire, puis la

Cour des comptes ou Échiquier, qui connaît des affaires concernant le domaine royal et les finances, et enfin le Conseil privé, à la compétence duquel sont soumises les affaires du Gouvernement et de l'administration. Cette scission du Conseil du roi, rendue nécessaire par ses attributions si diverses et si importantes, est le premier pas fait vers la séparation de la justice et de l'administration.

On trouve une première trace de l'apparition de la *Chambre des comptes*, dans une ordonnance de saint Louis (1256). Elle n'était alors qu'une commission du Parlement, chargée d'examiner les affaires de finances. Une ordonnance de 1319 la déclara indépendante. Au ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècle, l'autonomie de la Chambre des comptes fut maintes fois menacée. Les conflits se multipliaient entre elle et le Parlement, devant lequel les parties condamnées prétendaient interjeter appel. Elle maintint énergiquement son droit, et le recueil des *Olim* cite un arrêt de 1315, par lequel elle ordonnait que les appelants fussent emprisonnés jusqu'à ce qu'ils se désistassent et les frappait d'une amende. L'appui du roi, qui ne l'avait créée que pour soustraire au contrôle judiciaire la gestion de ses finances, ne lui fit jamais défaut.

En 1355, les États généraux furent convoqués par le roi Jean. Épuisé par sa guerre désastreuse contre l'Angleterre, à bout de ressources, il leur demanda des *aides*. Les États généraux les accordèrent, sous la condition formelle que l'administration de ces fonds leur demeurerait confiée. Des généraux surintendants et deux receveurs généraux furent installés par les États de la langue d'oïl pour en centraliser la perception et la gestion, confiées dans les divers diocèses à des députés et à des receveurs particuliers. Les généraux des aides formaient

la *Cour des aides*. Sa compétence s'étendait à toutes les contestations que faisaient naître l'assiette et la perception des impôts. Il fut stipulé, en même temps, que les décisions de cette Cour vaudraient comme arrêt du Parlement (Ordonn. 28 déc. 1355).

Dans la pensée des États, les impôts qu'ils venaient de voter étaient temporaires; ils devinrent permanents en fait, sinon en droit. Ils comprenaient les tailles ou impôts indirects, les aides ou impôts de consommation, particulièrement établis sur le vin, et le sel (gabelle), et les droits de douanes (imposition foraine).

Dès 1360, les fonctionnaires chargés de recevoir ces impôts, qui, comme je l'ai dit, étaient primitivement nommés par les États, devinrent des officiers à la nomination du roi. Ce furent les *élus* pour les tailles, et les aides, les *grénetiers* pour la gabelle, les *maîtres de port* pour l'imposition foraine. Ils réunissaient la double fonction d'administrateurs et de juges au contentieux en première instance. L'ordonnance du 24 juin 1500 leur attribua compétence pour tous les procès civils ou criminels relatifs aux impôts, mis ou à mettre. La Cour des aides connaissait en appel de leurs sentences.

D'autres juridictions administratives naquirent à la même époque. En 1357, la *Chambre des monnaies*, formée des généraux des monnaies, existe déjà. Le contentieux relatif aux monnaies, la police des corporations travaillant l'or et l'argent rentrent dans sa compétence.

Sous Charles VII, les *Trésoriers de France* constituent la *Chambre du Trésor*, chargée de trancher toutes les contestations que soulève la collecte des deniers royaux, en matière domaniale.

Signalons encore les *maîtres des eaux et forêts*, qui

connaissent de toutes les contestations civiles et criminelles relatives aux eaux et forêts; la *connétablie*, dont la compétence comprend tout ce qui concerne le service des armées; l'*amirauté*, qui statue sur les litiges intéressant la mer, ses dépendances et la marine marchande.

Nous avons dit, que sous Philippe le Bel, le *Conseil du roi* fut séparé du Parlement et de la Chambre des comptes. Pendant les premières années qui suivirent sa séparation, il se borna au gouvernement et à l'administration; mais, peu à peu, grâce à la théorie de l'évocation, il se transforma en haut tribunal administratif. Le roi, source de toute justice, en déléguant au Parlement une partie de son pouvoir judiciaire, ne s'était pas dépouillé du droit de juger seul ou assisté de son Conseil; il en avait conservé ce que bon lui semblait. De là l'usage de l'évocation. Il évoquait soit par mesure spéciale pour telle affaire déterminée, soit par mesure générale, pour soustraire aux juges toute une série de contestations et notamment, celles où les intérêts de l'administration se trouvaient engagés. Des plaintes nombreuses s'élevèrent contre cet usage, bien vite dégénéré en abus. Par lettres du 22 juillet 1370, adressées aux parlements, l'évocation des petites causes fut interdite. Ce fut vainement; le roi et son Conseil persistèrent à juger un nombre d'affaires considérable. « Les registres du » Conseil, dit M. de Tocqueville ⁽¹⁾, sont remplis d'arrêts » d'évocation de cette espèce. Peu à peu l'exception se » généralise, le fait se transforme en théorie. Il s'établit, » non dans les lois, mais dans l'esprit de ceux qui les » appliquent, comme maxime d'État, que tous les procès

(1) De Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, page 111.

» dans lesquels un intérêt public est mêlé, ou qui naissent de l'interprétation d'un acte administratif, ne sont point du ressort d'un juge ordinaire dont le seul rôle est de prononcer entre des intérêts particuliers. En cette matière, nous n'avons fait que trouver la formule; à l'ancien régime appartient l'idée. »

Les conflits qui naissaient entre les tribunaux inférieurs ou les Parlements et les juridictions administratives, faute d'une délimitation exacte de leurs pouvoirs, étaient directement déferés au roi en son Conseil. Si le roi cassait la décision qui lui était soumise, il renvoyait habituellement les parties à se pourvoir devant le juge compétent; mais parfois il retenait l'affaire et statuait lui-même.

Il est intéressant de signaler ici, par quelles instructions données à ses agents, le Conseil espérait prévenir les conflits. Elles furent rédigées, en 1375, par le Conseil du roi, réuni en la Chambre des comptes de Paris, pour les commissaires chargés de percevoir le droit de franc fief. Ces ⁽¹⁾ instructions portent que toutes les contestations devront être renvoyées à la Chambre des comptes. Elles ajoutent qu'à Béziers, à Carcassonne et ailleurs, les officiers des lieux, font souvent citer devant eux les commissaires pour rendre compte de leurs actes et qu'ils troublent ainsi l'opération administrative. Les commissaires se sont adressés au Conseil pour savoir ce qu'ils doivent faire en pareil cas. Le Conseil leur donne pour instructions de comparaître sur l'assignation donnée et d'entendre la demande formée contre eux. Si cette demande touche en quoi que ce soit le fait des finances,

(1) 14 février 1375, Recueil de Gosset. Dareste, *De la justice administrative en France*, p. 210.

ils devront opposer un déclinatoire et s'abstenir de conclure au fond. Que s'il s'agit de poursuites d'office, le Conseil se réserve de donner des ordres particuliers suivant les circonstances, afin d'empêcher que les juges ordinaires se mêlent en aucune façon des affaires de finances.

Les institutions, que nous venons de passer en revue, forment la première phase de l'histoire de la justice administrative; c'est celle d'une monarchie encore tempérée par les États généraux. Dans la période dite des temps modernes, l'habileté de Louis XI, l'énergie de Richelieu et de Louis XIV tendent à un but unique : la centralisation du pouvoir, entre les mains du roi. Pour l'atteindre, les juridictions administratives, que le Moyen-âge a fait naître, ne suffisent plus : elles ressemblent trop à des cours judiciaires; les offices, dont sont pourvus les magistrats qui les composent, leur donnent une indépendance qui se plie mal aux exigences royales. A une monarchie absolue, il faut des rouages administratifs plus fortement organisés, des agents plus dociles et plus souples, plus directement placés sous la main royale. Pour mener à bonne fin l'œuvre d'unification, les plus précieux auxiliaires de la monarchie seront les intendants et le Conseil d'État.

L'importance sans cesse croissante donnée aux juridictions administratives devait nécessairement porter ombrage aux Parlements, qui voyaient leurs pouvoirs amoindris par la constitution de ces autorités rivales. L'histoire des temps modernes est remplie du récit des luttes qu'ils soutinrent dans l'espoir de conserver leurs prérogatives politiques et des conflits que fit naître, dans le domaine du droit, leur opposition aux institutions nouvelles.

Le cadre de cette étude ne nous permet pas de raconter les contestations parfois violentes qui s'élevèrent entre le pouvoir royal et les Parlements. Mais pour comprendre comment pouvaient naître les conflits entre la juridiction civile dont ils étaient la plus haute expression, et les tribunaux administratifs, il est nécessaire d'exposer brièvement en regard des juridictions administratives, l'organisation de la hiérarchie judiciaire.

Au dernier degré de l'ordre judiciaire se trouvaient les *justices dites seigneuriales*, divisées, non pas partout, mais assez fréquemment, en trois classes : basse, moyenne et haute justice. Des juges présentés par le roi et commis par le seigneur administraient ces tribunaux inférieurs, qui survécurent, au moins de nom, jusqu'en 1789.

Au-dessus des justices seigneuriales, les justices royales subdivisées en prévôtés, bailliages ou sénéchaussées, présidiaux et parlements.

Les *prévôts*, qui dans certaines contrées se nommaient vicomtes, viguiers, châtelains, ne jugeaient qu'en premier ressort, dans toutes les matières civiles, personnelles, réelles ou mixtes, entre roturiers. Un édit de Louis XV, rendu en 1749, réunit les fonctions des prévôts à celles des baillis.

L'appel des décisions prévôtales était porté devant les *baillis* ou *sénéchaux*. En outre de ces appels, la compétence des baillis comprenait les contestations civiles du clergé et de la noblesse et toutes les questions féodales. Ils étaient encore chargés de l'instruction des procès dans les *cas royaux*. Un ordonnance de Charles VIII, en 1493, rendit obligatoire pour les baillis, l'usage assez généralement répandu de s'adjoindre des lieutenants chargés de rendre la justice. Ils ne conservaient plus que des

attributions militaires, qui plus tard leur furent également retirées.

Henri II (janvier 1551), pour abréger la longueur des procès, accrut la compétence de certains bailliages, qui prirent le nom de *présidiaux*. Les présidiaux, qui correspondaient à nos tribunaux de première instance, jugeaient en dernier ressort lorsque la somme en litige n'excédait pas 250 livres en capital et 10 livres en revenus. Pour les sommes plus considérables, l'appel de leurs jugements était porté devant les Parlements. Ils avaient également une juridiction criminelle.

A Paris, le *Châtelet* réunissait toutes les justices; il tenait lieu de prévôté, de bailliage et de présidial. Les justices seigneuriales y furent réunies sous Louis XIV, et donnèrent lieu à sa division en grand et petit Châtelet.

Au-dessus de ces juridictions secondaires et les dominant toutes se trouvaient les Parlements.

Comme la Cour du roi avait donné naissance au Parlement de Paris, les Parlements de province étaient nés des cours des seigneurs. On en comptait treize en 1879 : à Toulouse, Grenoble, Bordeaux, Dijon, Rouen (longtemps appelé *Échiquier*), Aix, Rennes, Pau, Metz, Douai, Besançon et Nancy. A ces Parlements il faut ajouter quatre conseils souverains, à Colmar pour l'Alsace, à Perpignan pour le Roussillon, à Arras pour l'Artois, et le Conseil de Corse qui date de la fin du règne de Louis XV.

Le Parlement de Paris, par son origine et son ancienneté, par l'importance que lui donnaient l'étendue de son ressort et sa situation près du siège de la royauté, ne cessa d'occuper le premier rang et de jouer un rôle très actif. Voici quelle était son organisation. Au ^{xviii}^e siècle, il comprenait sept chambres, la grand'chambre,

plus chargée que de l'apurement des comptes, apurement réduit lui-même à une simple formalité.

Au xv^e siècle, la Chambre des monnaies prit le titre de Cour et elle fut érigée en juridiction souveraine par l'édit de janvier 1551, confirmé en 1570 et 1635. La résistance des Parlements obligea le roi à recourir à l'emploi des lettres de jussion, pour obtenir l'enregistrement de ces édits.

Un édit de 1536, enleva à la Chambre du trésor la plus grande partie de ses attributions, pour les confier aux baillis. Elle disparut complètement, lors de la réorganisation financière entreprise par l'édit du 7 décembre 1542, pour faire place aux *bureaux de finances*, établis dans chaque généralité.

Cette juridiction prit rapidement une grande importance contentieuse. Tout ce qui concerne l'intendance et la direction des ponts et chaussées, fut, en 1626, soumis à sa compétence; on y ajouta, l'année suivante, la connaissance des affaires litigieuses relatives au domaine. Les appels de ses décisions étaient portés tantôt au Parlement, tantôt au Conseil, sans que la distinction fût clairement marquée.

La Cour des aides de Paris, et les Cours analogues qui existaient dans les provinces, ainsi que les élus, les grènetiers et les maîtres de port, qui tous relevaient de ces Cours, ne virent pas leurs attributions principales sensiblement modifiées dans les temps modernes.

La juridiction de la Table de marbre, formée des maîtres des eaux et forêts, ne fut pas amoindrie. Au contraire, la connétablie perdit toute son importance vers le milieu du xvii^e siècle. A la même époque, la connaissance des prises maritimes fut enlevée aux amirautés et soumise à un Conseil spécial et au Conseil d'État.

Les fonctionnaires des diverses juridictions administratives dont nous venons de parler étaient pourvus d'offices, depuis que Louis XII, pour se créer des ressources, avait imaginé la vénalité des charges. Assurés par là même de conserver leur situation, ces officiers avaient une indépendance qui, trop souvent, s'opposa aux réformes utiles entreprises par le roi. Pour briser ces obstacles, le Conseil eut recours, au xvi^e siècle, aux moyens qu'avaient employés, avec succès, Charlemagne et saint Louis, aux inspections du *missi dominici* et des baillis. Visiter une province, y recueillir les plaintes des populations, signaler les réformes urgentes, s'enquérir de l'état de l'administration du royaume, veiller à l'exécution des ordonnances et des édits, telle était la mission que recevaient les maîtres des requêtes commissionnés par le Conseil.

Insensiblement, ces agents devinrent sédentaires et se fixèrent dans la généralité qui leur était assignée. On les nommait : *intendants de justice, police et finances, commissaires départis dans la généralité du royaume pour l'exécution des ordres du roi*.

Cette transformation, l'œuvre de Richelieu et l'un des plus grands faits de l'histoire administrative, passa inaperçue des contemporains, tant elle se fit lentement et sans bruit.

Il est impossible de donner une nomenclature complète de toutes les matières administratives qui faisaient l'objet de la compétence des intendants. Du reste, la commission qu'ils recevaient du roi, était rédigée en termes vagues qui facilitaient l'extension de leur juridiction. Il y était dit : « Nous voulons et entendons que vous puissiez pour-
» voir à ce qui regarde le bien de notre service, l'obser-
» vation de nos ordonnances touchant la justice, police et

» finances , et le bien et le devoir de nos sujets dans toute
» l'étendue de ladite généralité. »

Voici en résumé quels étaient leurs attributions principales. Correspondants et mandataires du roi , ils exerçaient l'administration dans son sens le plus large. Comme juges du contentieux administratif, ils avaient dans les pays d'élection le département de la taille entre les diverses élections de chaque généralité et entre les diverses communautés de chaque election. Ils statuaient sur les difficultés qui se produisaient à cette occasion. Ils pouvaient taxer d'office les taillables des communautés que les collecteurs omettaient d'imposer. Les recours contre les taxes d'office étaient jugés par eux.

Dans les pays d'État, la partie administrative appartenait aux États et le contentieux aux juges ordinaires ; on laissa subsister cette organisation. Mais les provinces nouvellement acquises à la couronne n'eurent pas d'élection et tout ce qui concernait la taille échut aux intendants. Il en fut de même pour tous les impôts indirects de création récente.

Lorsque Louis XIV, en 1693, créa l'impôt de la capitation et plus tard lorsqu'il établit d'autres aides, il confia aux intendants toute l'administration et le contentieux qui y étaient relatifs. Leur compétence s'étendait également à tout ce qui concernait le contentieux des droits domaniaux et notamment les droits de contrôle, petit scel, insinuation et centième denier, correspondant à nos droits d'enregistrement. Ils jugeaient les contestations relatives aux postes, aux marchés pour le service des armées, aux logements des gens de guerre, ou tirage au sort de la milice, aux travaux publics, aux mines, aux expropriations pour cause d'utilité publique.

Ils se substituèrent aux bureaux de finances, relativement à la voirie.

Les décisions des intendants étaient, dans certains cas, susceptibles d'appel au Conseil; souvent, dans les affaires difficiles, ils ne statuaient qu'après avoir pris avis du Conseil qui les couvrait et dégageait leur responsabilité.

Au sommet de la hiérarchie administrative et en dominant tous les tribunaux d'exception, se trouvait le Conseil d'État.

Pendant le Moyen-âge, nous avons vu le Conseil investi d'attributions gouvernementales, administratives et judiciaires, chargé par le roi du jugement des causes évoquées et du règlement des conflits de juridictions entre Cours souveraines. A la fin du ^{xv}^e siècle, la multiplicité sans cesse croissante de ses attributions judiciaires, obligea le roi à ériger une section de son Conseil en cour de justice, avec juridiction propre, sous le nom de Grand Conseil, et à lui remettre spécialement ces deux dernières attributions. Cette tentative n'eut aucun succès; le Grand Conseil vécut, mais comme tribunal d'exception et non comme cour suprême. Le Conseil d'État reprit ses hautes attributions.

Le Conseil d'État ne formait qu'un seul corps, chargé de préparer les décisions du roi et sans pouvoir propre. Pour faciliter l'expédition des affaires il fut divisé d'abord en trois, puis en cinq sections qui étaient : le Conseil d'État correspondant à notre Conseil des ministres, le Conseil privé ou des parties, présidé par le chancelier représentant à peu peu près la Cour de cassation. Les Conseils des finances, du commerce et des dépêches, de création plus récente, étaient chargés des affaires inté-

ressant les finances, le commerce, l'industrie et l'administration intérieure.

Le Conseil d'État était à la fois une cour suprême et régulatrice et un haut tribunal administratif.

Comme Cour suprême, il connaissait des demandes en évocation d'une Cour à une autre pour cause de parenté ou d'alliance, des demandes en règlement de juges, des demandes en cassation et en contrariété d'arrêts, des demandes en révision d'arrêts criminels. Ces diverses matières formaient la compétence du Conseil des parties.

Comme Tribunal administratif, il statuait sur les conflits d'attributions, connaissait des plaintes en excès de pouvoirs portées contre les fonctionnaires, des recours contre les actes royaux et de l'interprétation de ces actes. En un mot, toutes les questions, qui, de nos jours, forment la compétence du Conseil d'État jugeant au contentieux, lui étaient soumises.

Il est facile de découvrir, en étudiant cette double organisation des autorités administrative et judiciaire, les causes des conflits de compétence, qui, en dehors des dissentiments politiques, surgirent entre les parlements et les juridictions exceptionnelles. La plus certaine de ces causes était l'absence de délimitation des deux pouvoirs. On avait étendu la compétence des tribunaux administratifs à des matières qui, assurément, étaient du domaine de l'autorité judiciaire. Certains juges, comme les intendants et le Conseil d'État avaient même reçu une compétence à peu près illimitée. « Le roi, en son Conseil, » dit M. de Cormenin, révisait de pleine science et de » pleine autorité, tous les jugements; il réglait les com- » pétences, il évoquait le fond, il posait la borne où il » le voulait. »

D'un autre côté, la compétence des Parlements n'avait pas de limites plus précises : nous avons dit, qu'investis de pouvoirs politiques, ils cherchaient à s'associer au gouvernement et à diriger la marche des affaires, dans un autre domaine, ils considéraient comme un droit légitime de contrôler l'administration, puisqu'ils avaient été chargés de la police de leur ressort.

Il n'y eut pas de juridiction administrative contre laquelle les Parlements n'entrèrent en lutte. La Chambre des comptes et la Cour des aides furent les premières l'objet de leurs attaques : mais ces attaques furent bien autrement ardentes contre les intendants.

En 1626, lors de l'assemblée des notables, les Parlements adressèrent au roi des doléances. Il faudrait pouvoir les citer en entier pour montrer quelles furent, dès le début, leurs appréhensions à l'égard des nouveaux fonctionnaires.

Lorsque les troubles de la Fronde éclatèrent, en 1648, le Parlement de Paris réuni aux Cours souveraines dans la salle Saint-Louis, prit d'accord avec elles, le 30 juin, des résolutions, dont la première était de supprimer les intendants. Elle était ainsi conçue : « Les intendants de » justice et toutes autres commissions extraordinaires » non vérifiées ès Cours souveraines, seront révoquées » dès à présent. » Et plus loin : « Toutes les commissions » extraordinaires demeureront révoquées; toutes les ordonnances ou jugements rendus par les intendants de » justice seront cassées et annulées : défense aux sujets » du roi de les connaître pour juges ni de se pourvoir » devant eux à peine de 10,000 livres d'amende... tous les » trésoriers de charge et élus feront leurs charges. » Les intendants furent même quelquefois décrétés de prise de

ressant les finances, le commerce, l'industrie et l'administration intérieure.

Le Conseil d'État était à la fois une cour suprême et régulatrice et un haut tribunal administratif.

Comme Cour suprême, il connaissait des demandes en évocation d'une Cour à une autre pour cause de parenté ou d'alliance, des demandes en règlement de juges, des demandes en cassation et en contrariété d'arrêts, des demandes en révision d'arrêts criminels. Ces diverses matières formaient la compétence du Conseil des parties.

Comme Tribunal administratif, il statuait sur les conflits d'attributions, connaissait des plaintes en excès de pouvoirs portées contre les fonctionnaires, des recours contre les actes royaux et de l'interprétation de ces actes. En un mot, toutes les questions, qui, de nos jours, forment la compétence du Conseil d'État jugeant au contentieux, lui étaient soumises.

Il est facile de découvrir, en étudiant cette double organisation des autorités administrative et judiciaire, les causes des conflits de compétence, qui, en dehors des dissentiments politiques, surgirent entre les parlements et les juridictions exceptionnelles. La plus certaine de ces causes était l'absence de délimitation des deux pouvoirs. On avait étendu la compétence des tribunaux administratifs à des matières qui, assurément, étaient du domaine de l'autorité judiciaire. Certains juges, comme les intendants et le Conseil d'État avaient même reçu une compétence à peu près illimitée. « Le roi, en son Conseil, » dit M. de Cormenin, révisait de pleine science et de » pleine autorité, tous les jugements; il réglait les compétences, il évoquait le fond, il posait la borne où il » le voulait. »

D'un autre côté, la compétence des Parlements n'avait pas de limites plus précises : nous avons dit, qu'investis de pouvoirs politiques, ils cherchaient à s'associer au gouvernement et à diriger la marche des affaires, dans un autre domaine, ils considéraient comme un droit légitime de contrôler l'administration, puisqu'ils avaient été chargés de la police de leur ressort.

Il n'y eut pas de juridiction administrative contre laquelle les Parlements n'entrèrent en lutte. La Chambre des comptes et la Cour des aides furent les premières l'objet de leurs attaques : mais ces attaques furent bien autrement ardentes contre les intendants.

En 1626, lors de l'assemblée des notables, les Parlements adressèrent au roi des doléances. Il faudrait pouvoir les citer en entier pour montrer quelles furent, dès le début, leurs appréhensions à l'égard des nouveaux fonctionnaires.

Lorsque les troubles de la Fronde éclatèrent, en 1648, le Parlement de Paris réuni aux Cours souveraines dans la salle Saint-Louis, prit d'accord avec elles, le 30 juin, des résolutions, dont la première était de supprimer les intendants. Elle était ainsi conçue : « Les intendants de » justice et toutes autres commissions extraordinaires » non vérifiées ès Cours souveraines, seront révoquées » dès à présent. » Et plus loin : « Toutes les commissions » extraordinaires demeureront révoquées; toutes les ordonnances ou jugements rendus par les intendants de » justice seront cassées et annulées : défense aux sujets » du roi de les connaître pour juges ni de se pourvoir » devant eux à peine de 10,000 livres d'amende... tous les » trésoriers de charge et élus feront leurs charges. » Les intendants furent même quelquefois décrétés de prise de

corps par les Parlements. Le premier intendant de Normandie fut condamné par celui de Rouen à l'emprisonnement.

Quelle était la procédure établie pour le règlement du conflit? Un édit du 20 décembre 1559 en organisa une pour trancher les contestations existant entre le Parlement et la Cour des aides. Les conflits devaient être vidés amialement et fraternellement. Une conférence des avocats et des procureurs généraux des deux Cours, discutait d'abord la question de compétence. Si l'accord ne pouvait s'établir, la grand'chambre du Parlement, réunie aux commissaires députés par la Cour des aides, rendait une décision. Ce règlement fut observé jusqu'à l'ordonnance du mois d'août 1669, qui dispose que dans le cas où les gens du roi des deux Cours ne parviendront pas à s'entendre, ils se pourvoiront au Conseil, en règlement de juges, tant au civil qu'au criminel.

Il est permis de douter qu'entre des adversaires aussi irréconciliables que les Parlements et les juridictions administratives, les conflits aient été souvent vidés fraternellement. Le roi en son Conseil était alors appelé à prononcer sur le différend. Il pouvait être saisi, soit par l'une des parties, soit par la juridiction qui voulait faire reconnaître sa compétence méconnue; il pouvait encore se saisir d'office de l'affaire. L'exercice du droit de conflit n'était d'ailleurs soumis à aucune règle. Le roi cassait la décision de l'autorité qui avait excédé des pouvoirs, et renvoyait les parties à se pourvoir devant le juge compétent; le plus souvent, le Conseil évoquait l'affaire et statuait sur la contestation. De nombreux arrêts du Conseil établissent de la manière la plus formelle qu'il est juge des conflits, chargé de maintenir l'harmonie entre

les tribunaux, à quelque ordre de juridiction qu'ils appartiennent.

Je citerai deux de ces arrêts qui ne laissent aucun doute sur ce point. Le premier est du 19 octobre 1656. Il décide : « Que cette entreprise du Parlement tendant à s'établir en pouvoir illimité et à s'élever au-dessus des Conseils du roi, mandant les officiers qui ont l'honneur d'y être admis, pour rendre compte au dit Parlement de ce qui se passe dans les dits Conseils, ruinaient entièrement non-seulement la fonction de leurs charges et l'autorité du roi, mais détruisait l'ordre de la monarchie observé par tous les rois, qui ont trouvé nécessaire d'avoir auprès de leur personne un conseil, par l'avis duquel ils pussent, souverainement et de puissance absolue, *régler toutes les autres juridictions, les contenir dans leurs bornes, décider les différends qui naissent entre elles*, pourvoir aux évocations de droit, donner des juges non suspects à leurs sujets et retenir à soi la connaissance des affaires dont ils ont voulu se réserver le jugement pour des considérations quelquefois importantes à l'État. »

Un second arrêt, rendu le 8 juillet 1661, en présence du roi, confirma ces principes et coupa court aux protestations du Parlement : « Sa Majesté, dit l'arrêt, a établi un Conseil pour avoir l'œil sur toutes les autres juridictions, *régler les différends qui naissent entre elles*, empêcher que ses sujets ne soient contraints de traiter leurs affaires par devant des juges suspects, et retenir la connaissance de celles qui, pour des raisons d'État, ne doivent pas être terminées ailleurs. » Le roi enjoint donc : « à toutes les compagnies souveraines, sous quelque nom qu'elles soient établies, de déférer aux arrêts de son Conseil, à peine d'encourir son indignation. »

Lorsque Louis XVI réunit les États généraux, l'opinion publique était vivement préoccupée de la multiplicité des conflits; c'est à cette préoccupation qu'obéit l'Assemblée constituante en insérant dans la Déclaration des Droits de l'homme l'article 14, ainsi conçu : « Pour assurer l'esprit de la loi, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être distincts. Leur réunion dans les mêmes mains mettrait ceux qui en sont dépositaires au-dessus de toutes les lois, et leur permettraient d'y substituer leur volonté. »

L'Assemblée constituante ne se contenta pas d'avoir posé le principe de la séparation des pouvoirs dans la Déclaration des Droits de l'homme, elle l'inséra, nous l'avons vu, dans la loi des 16-24 août 1790 (tit. 2, art. 13).

Mais pour prévenir la confusion des deux pouvoirs, il ne suffisait pas, comme l'a fait remarquer M. de Cormenin, de leur dire : « Marchez indépendants l'un de l'autre et soyez toujours divisés pour être unis. » La plainte en forfaiture n'était pas davantage un moyen de vider toute difficulté qui naîtrait entre les deux autorités.

A qui appartenait-il de faire respecter ce principe? Aux yeux de la Constituante ce pouvoir rentrait dans les attributions de l'autorité royale. Elle exprima sa pensée à cet égard dans la loi des 8-14 octobre 1790, ainsi conçue : « Sur les contestations survenues en plusieurs lieux et notamment entre le Directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Grey, l'Assemblée, après avoir entendu le rapport de son comité de législation, décrète : 3° les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale et dans le cas où on préten-

drait que les ministres de Sa Majesté auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au Corps législatif. »

Le roi était donc l'arbitre des conflits qui pouvaient naître entre les autorités judiciaires et administratives, sur lesquelles son titre de chef suprême de la nation lui donnait une véritable suprématie.

Le temps manqua à la Constituante pour régler le mode, les cas, les limites et la procédure du conflit.

La Convention réunissant dans ses mains les trois pouvoirs de législateur, d'administrateur et de juge s'attribua le droit, que le décret du 7 octobre 1790 avait donné au roi, de statuer sur les questions de compétence qui pourraient diviser les deux autorités judiciaire et administrative. Elle le fit dans les décrets législatifs du 21 prairial an II, 15 pluviôse et 1^{er} fructidor an III, statuant sur des cas particuliers.

Le 16 fructidor an III, voulant briser la résistance que les tribunaux apportaient à ses mesures violentes, elle décréta qu'elle annulait : « toutes les procédures et jugements intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les membres du corps administratif et comité de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et d'autres actes d'administration émanés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes ou effets versés au Trésor. — Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. »

Le 21 fructidor an III, une loi relative aux fonctions des corps administratifs et municipaux décida « que, en cas de conflits d'attribution entre les autorités judiciaires

et administratives, il serait sursis jusqu'à la décision du ministre (de la justice), qui en déférerait s'il était besoin au Corps législatif. Le Directoire exécutif était tenu dans ce cas de se prononcer dans le mois » (art. 27). C'était un retour au système du décret du 7 octobre 1790. Le Directoire était substitué au roi, avec faculté de recourir au Corps législatif, s'il le jugeait nécessaire.

Le Directoire n'usa jamais du droit qui lui était conféré de consulter le Corps législatif. On cite, il est vrai, un cas où le Conseil des Cinq-Cents fut saisi d'une question de compétence; mais il l'avait été d'abord par une pétition du juge de paix de Rochefort qui était en conflit avec l'administration de la marine à l'occasion d'une apposition de scellés, après décès, sur les effets de deux employés de la marine. Le Directoire n'adressa un message au pouvoir législatif, que sur l'invitation qui lui fut faite par le Conseil des Cinq-Cents. Dans la pensée du Directoire, il ne devait en référer au législateur que dans les cas où il y aurait eu lieu à interprétation de la loi. Cette manière de voir ressort très clairement d'un arrêté du 16 floréal an III et d'un message du 18 floréal, où le Directoire, parlant du règlement des compétences, disait : « La décision en est laissée au Corps législatif, ou dans les cas qui n'exigent pas une interprétation, au Directoire exécutif. »

Merlin, alors ministre de la Justice, combattait dans ce message l'opinion qui avait été émise au sein même de l'Assemblée, que l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III était inconstitutionnel. En effet, disait-on en ce sens, l'article 254 de la Constitution confie au Tribunal de cassation le soin de statuer sur les règlements de juges et l'article 263 impose au Directoire exécutif l'o-

bligation de lui déférer les actes par lesquels les juges auraient dépassé les limites de leurs pouvoirs.

L'auteur du mémoire établissait sans peine qu'il existe une différence essentielle entre le règlement du juge, où il est question de décider entre plusieurs tribunaux du même ordre quel serait celui qui connaîtrait d'une contestation et un conflit d'attributions où la question de compétence s'agite entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Il insistait sur le danger qu'il y aurait à laisser aux mains du Tribunal de cassation le soin de vider les conflits; on exposerait le Gouvernement et le Pouvoir législatif à être frappés d'impuissance à l'égard des parties les plus importantes de l'administration publique.

Le législateur fut convaincu. Le Directoire resta juge des conflits qui devinrent dans sa main une arme redoutable, parce qu'il en fit un moyen de gouvernement à son service. Le conflit faisait main basse sur tous les jugements, quels que fussent leur caractère et leur autorité (1). C'est en parcourant l'histoire des conflits sous le Directoire, dit M. de Cormenin (2), « qu'on sent combien un gouvernement faible, et par conséquent tyrannique, peut abuser de cet instrument contre la liberté des citoyens et la sûreté des propriétés. »

Les consuls regurent de la Constitution du 22 frimaire an VIII le droit de trancher les conflits. Leurs décisions étaient préparées par le Conseil d'État, nouvellement institué. Cette disposition, qui résulte de l'article 52 de

(1) Rapport de M. de Cormenin, cité par M. Taillandier, dans son *Commentaire sur l'ordonnance de 1828*, page 33.

(2) *Ibid.*, page 12.

la constitution, fut confirmée par le règlement du 5 nivôse (art. 9), portant organisation du nouveau Conseil d'État. Cet article décidait que le Conseil prononcerait sur le renvoi qui lui en serait fait par les consuls : 1° sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux.

Un arrêté des consuls, du 13 brumaire an X, conféra aux préfets, exclusivement, le droit d'élever le conflit, soit d'office, soit sur la dénonciation des commissaires du Gouvernement. Là s'arrêtèrent les dispositions législatives, réglant l'institution du conflit; le Conseil d'État dut régler la matière par ses précédents.

La Restauration respecta l'institution du conflit. Le 19 janvier 1813 un avis du Conseil d'État, approuvé par l'Empereur, avait assimilé le conflit au contentieux administratif; l'ordonnance du 19 juin 1814 adopta cette assimilation et, comme par le passé, la commission du contentieux resta investie du règlement des contestations élevées entre les deux pouvoirs rivaux, sur les limites de leur compétence.

A la suite d'une ordonnance rendue sur conflit en 1817, une des parties ayant été admise à présenter des observations et ayant obtenu gain de cause, l'administration de l'enregistrement considérant cette ordonnance comme un arrêt éleva la prétention de lui faire payer les droits fixés par l'article 47 de la loi du 22 avril 1816. Le ministre de la Justice saisi d'une réclamation contre cette perception, chargea les comités de législation et du contentieux d'examiner si le droit était dû. C'est sur cette affaire que fut rendu l'important avis du 6 février 1821. Le document repoussait la prétention de l'administration et l'assimilation qu'elle faisait entre une ordonnance ren-

due sur conflit et un arrêt. A l'appui de cette décision, il donnait les motifs suivants : « 1° Les conflits ne forment pas une contestation entre particuliers, mais entre les deux autorités publiques, administrative et judiciaire, qui toutes deux revendiquent la même affaire ou refusent de la juger. 2° Dans ces sortes de débats, il ne s'agit ni d'intérêts privés, ni de l'application des lois civiles, mais du maintien de l'ordre public, et de l'exécution des lois constitutionnelles. 3° Ces sortes d'affaires ne sont introduites ni par requête, ni par citation, le Conseil d'État ne pouvant en être saisi que par le Gouvernement lui-même qui seul a le droit de déférer à son examen l'arrêté de conflit. 4° Ces sortes d'affaires sortent tellement de la classe des procès, que jusqu'en 1813 elles ont été instruites et décidées sans le concours des parties, sans qu'elles aient pu prendre part à la décision et former opposition aux décisions rendues; si depuis on a admis les parties à fournir des observations, ce n'est pas qu'on ait reconnu leur intervention nécessaire et obligée dans l'instruction, mais uniquement afin d'obtenir des renseignements sur les faits qui peuvent éclairer la discussion et déterminer la décision à intervenir. Le droit de prononcer sur les conflits entre l'administration et l'autorité judiciaire est donc une prérogative dont l'objet est de maintenir la division des pouvoirs, de réprimer toute invasion des autorités secondaires et par conséquent les ordonnances en cette matière sont des actes de haute administration. »

Ces principes ont toujours été observés depuis et à juste raison.

L'ordre des avocats au Conseil s'émut vivement de cet avis, comme portant atteinte à ses droits, et protesta

auprès du garde-des-sceaux. Il exposait que l'avis du Conseil, en date du 19 janvier 1813, qui avait déclaré que les conflits appartenait au contentieux administratif, ayant été approuvé par le chef de l'État, avait le caractère d'une disposition législative qui ne pouvait être modifiée par les décisions intérieures des comités du Conseil d'État; qu'il y avait dès lors un droit acquis pour eux de représenter les parties qui voulaient fournir des observations sur les conflits, car eux seuls avaient le droit d'instruire les affaires portées au comité du contentieux.

Les comités réunis de législation et du contentieux, saisis de cette requête par le garde-des-sceaux, soutinrent de nouveau que les conflits devaient être considérés comme des questions d'ordre public, dans lesquelles les particuliers étaient appelés pour éclairer les délibérations du Conseil et non parce qu'ils tenaient de la loi un droit d'action, que, dès lors, ces affaires pouvaient être instruites sans l'intervention obligée des avocats.

Les principes proclamés par l'avis des deux comités du Conseil furent consacrés législativement par l'ordonnance du 12 décembre 1821, réglant les droits des parties. Elle fixait, en outre, les délais dans lesquels les préfets devaient transmettre leurs arrêtés de conflit à l'administration centrale, les procureurs du roi envoyer les pièces de l'instance judiciaire et les parties fournir leurs observations. Faute par les parties d'avoir, dans les délais fixés par l'article 6, remis leurs observations, il devait être passé outre au jugement du conflit sans qu'il pût y avoir lieu à former opposition ou à demander la révision des ordonnances intervenues.

Le ministère de Villèle, vivement attaqué en 1827,

par l'opinion publique, avait cherché un point d'appui dans la magistrature. Celle-ci ne répondant pas à son attente, le Gouvernement imagina de se faire contre ses adversaires une arme du conflit, pour parvenir à restreindre les droits électoraux. Afin d'atteindre ce but, il déférait à la justice administrative les questions de capacité électorale, sous le prétexte de leur liaison avec les questions accessoires de contributions. Le Conseil d'État, plus ardent qu'éclairé, souscrivit trop aisément aux prétentions ministérielles, de là un soulèvement général de l'opinion publique contre l'administration et les conflits en général. Un des premiers actes du comte Portalis, lorsqu'il prit les sceaux, fut de réunir une commission chargée, 1° d'examiner suivant quelles règles et quelles formes, et dans quelles limites le droit de revendiquer les affaires, dont la connaissance appartient à l'administration, soit en vertu des lois qui ont réglé ses attributions, soit en vertu des lois spéciales, peut et doit être exercé aux termes des lois existantes par les agents du Gouvernement. 2° De proposer et rédiger, s'il y a lieu, les dispositions réglementaires qui pourraient paraître nécessaires ou utiles pour maintenir l'autorité de la chose jugée et de la compétence des tribunaux, sans porter atteinte à l'indépendance de l'action de l'administration.

Cette commission, composée de neuf membres appartenant au Conseil d'État, à la magistrature et au barreau, entendit d'abord un remarquable rapport de M. de Cormenin, qui servit de base à la discussion. La commission, dit M. Boulatignier, détermina les limites légales du conflit, de manière qu'elles ne pussent être franchies désormais et proposa en outre d'interdire le droit de conflit dans des matières et devant des juridictions où,

d'après les principes, il pouvait être exercé, mais où l'on pensa que l'administration pouvait y renoncer sans voir entraver sa marche et sans compromettre son action d'une manière sensible. Pour le cas où le droit fût conservé, il fut assujetti à des formes qui eurent pour objet de forcer l'administration à préciser les revendications qu'elle exerçait devant l'autorité judiciaire, à établir leur fondement légal, à attendre pour élever le conflit que l'autorité judiciaire eût affirmé sa compétence, à prendre et à notifier les arrêtés de conflit dans un bref délai.

L'intervention des parties dans l'instruction, fut d'ailleurs assurée d'une manière aussi économique mais plus simple que précédemment; enfin, le jugement des conflits fut soumis à des délais rigoureusement calculés et dont l'administration supérieure ne put s'affranchir ⁽¹⁾.

Le projet de la commission rédigé dans le but d'être soumis aux Chambres, devint l'ordonnance du 4^{er} juin 1828, qui forme aujourd'hui le règlement de la matière, sauf quelques modifications de détail.

Une ordonnance du 21 mars, introduisit quelques changements dans les pièces à produire et dans les délais.

En 1835, le garde-des-sceaux, M. Persil, conçut le projet de transformer en loi l'ordonnance de 1828. Une commission prépara un projet, qui, présenté au Conseil d'État, fut adopté par l'assemblée générale du contentieux, mais auquel on ne donna malheureusement aucune suite.

La constitution de 1848 introduisit une importante réforme dans l'institution du conflit. Elle en retira le juge-

(1) *Dictionnaire général d'administration*, v^o mot *Conflit*.

gement au Conseil d'État et le confia à un tribunal spécial qui prit le nom de Tribunal des conflits. Il était composé de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'État désignés par leurs collègues et présidé par le ministre de la Justice, ou, en son absence, par le ministre de l'Instruction publique. Le nombre des juges composant ce tribunal, fut porté de six à huit par la loi du 3 mars 1849. Un règlement en date du 3 mars 1849 régla la procédure à suivre devant ce tribunal dont l'organisation fut fixée par la loi des 4 et 8 février 1850. Cette loi eut surtout pour but de rendre égale dans la composition du tribunal l'influence des représentants de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative. Malgré sa courte existence, le tribunal rendit d'importants services. Sa jurisprudence très généralement conforme à celle du Conseil d'État, mit définitivement hors de toute controverse, certaines solutions qui ont été depuis lors aussi bien acquises à la doctrine qu'à la pratique.

Le Tribunal des conflits ne devait pas survivre à la constitution de 1848.

Le décret organique du 25 janvier 1852 restitua au chef du pouvoir exécutif, prononçant sur l'avis du Conseil d'État, le droit de juger des conflits. L'assemblée du Conseil d'État, statuant au contentieux, examinait l'affaire dont l'instruction était laissée à la section du contentieux également chargée du rapport.

La commission provisoire qui remplaça momentanément le Conseil d'État en 1870, conserva le jugement des conflits.

En 1872, l'Assemblée nationale crut nécessaire de rétablir le Tribunal des conflits. La loi du 24 mai 1872 en règle l'organisation. Il est composé du garde-des-sceaux,

président, de trois conseillers à la Cour de cassation, élus par leurs collègues, de trois conseillers d'État nommés par le Conseil, de deux autres juges et de deux suppléants choisis par les membres du Tribunal. Ils sont au bout de trois ans soumis à la réélection et indéfiniment rééligibles. Un vice-président, choisi dans le Tribunal et nommé par ses collègues, supplée le président empêché.

La loi de 1872 remet en vigueur la loi du 20 février 1850 et le règlement du 28 octobre 1849, sur la procédure à suivre devant le Tribunal des conflits.

CHAPITRE II.



§ I.

Des matières qui peuvent donner lieu au conflit et des juridictions devant lesquelles il peut être élevé.

Nous avons exposé sommairement dans les notions préliminaires de cette étude ce que l'on entend par principe de la séparation des pouvoirs et nous avons essayé de montrer les limites les plus apparentes du domaine de chacune des deux autorités administrative et judiciaire.

Une sanction était nécessaire pour faire respecter ce principe et pour réprimer les empiètements possibles de l'une des autorités sur les attributions de l'autre. Cette sanction c'est le conflit.

Toutes les fois que le pouvoir judiciaire, saisi d'une contestation dont la connaissance appartient à une juridiction administrative, refuse de se dessaisir et affirme sa propre compétence, l'administration peut revendiquer cette contestation au moyen de conflit.

Par une juste réciprocité, l'autorité judiciaire devrait être armée comme l'administration, pour la défense de ses propres prérogatives. Il n'en est pas ainsi : la jurisprudence lui a constamment refusé le droit d'élever le conflit.

Toutefois, la loi de 1872 a en partie rempli cette lacune ⁽¹⁾ de notre législation. L'article 26 permet aux ministres de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux du Conseil d'État, qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Les ministres doivent auparavant aviser cette section de son incompétence; le refus de faire droit à cette revendication permet seul de se pourvoir devant le Tribunal. Grâce à cette disposition, le garde des sceaux peut veiller aux usurpations de l'administration et les déférer au juge suprême des compétences.

Pour assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs, la sanction du conflit n'est pas la seule. Le Code pénal contient une section (section IV, ch. II, liv. III, tit. 1) spécialement consacrée aux « empiètements des autorités administratives et judiciaires. » L'article 127 déclare coupables de forfaiture et punit de la dégradation civique les magistrats qui auraient excédé leurs pouvoirs en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, et d'autre part l'article 131 punit d'une amende les agents administratifs qui auront entrepris sur les fonctions judiciaires.

Le conflit ayant pour but unique de faire respecter un principe d'ordre public menacé par les usurpations de l'un des pouvoirs administratif ou judiciaire sur les attributions de l'autre, ne peut être élevé que par ceux-là seulement qui ont pris soin de veiller au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire par les agents du pouvoir exécutif.

(1) L'article 47 de la loi du 3 mai 1849, contenait déjà une disposition analogue restreinte cependant au ministre de la Justice seul.

Quel que soit l'intérêt des parties à voir leurs contestations soumises à une juridiction compétente pour en connaître, elles ne peuvent prétendre dessaisir par le conflit une juridiction incompétente. Pour obtenir le dessaisissement d'un tribunal elles doivent s'adresser à lui en soulevant l'exception d'incompétence; si l'exception est repoussée elles peuvent encore tenter de la faire triompher par la voie d'appel devant le tribunal supérieur.

Deux conditions sont nécessaires pour que l'administration puisse régulièrement élever le conflit. 1° Que l'autorité judiciaire étant saisie et avertie de son incompétence, elle refuse de se dessaisir. 2° Que la contestation soit de la compétence de l'autorité administrative.

Si à l'incompétence judiciaire ne correspond pas la compétence administrative, le conflit ne saurait être élevé. Cette impossibilité ressort avec évidence de l'article 9 de l'ordonnance de 1828, qui dit que l'arrêté par lequel le préfet élève le conflit « revendique la cause » et aussi des termes constamment employés par le tribunal de conflit : « l'arrêté de conflit est confirmé en tant qu'il revendique pour l'autorité administrative. »

Cette manière de voir n'est pas admise par tous les auteurs. M. Boulatignier notamment pense qu'il suffit pour justifier l'exercice du conflit, qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs l'affaire échappe à l'appréciation de l'autorité judiciaire. « Il ne s'applique pas seulement, dit-il, aux actes d'administration proprement dits, il protège tous les *actes du gouvernement* en tant qu'il ne s'agit pas de crimes ou de délits⁽¹⁾. »

M. Boulatignier invoque en faveur de sa thèse un dé-

(1) *Dict. gén. d'administration*, mot *Conflit*, p. 511.

cret du Conseil d'État, en date du 18 juin 1852, rendu en ce sens, sur le conflit élevé à l'occasion du procès relatif aux biens de la famille d'Orléans. Ce décret nous paraît être une dérogation formelle à la jurisprudence constante du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, jurisprudence, qui ne voit dans le conflit qu'un moyen spécial de maintenir l'ordre des compétences entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative dans les cas prévus et dans les limites posées par les lois.

Le conflit, ne pouvant être élevé que pour appuyer la revendication de l'autorité administrative à son profit, serait détourné de son but s'il était introduit devant un tribunal incompétent pour obtenir le renvoi de l'affaire devant une juridiction du même ordre. C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil d'État (18 mars 1865) a annulé le conflit élevé devant un tribunal civil pour faire renvoyer l'affaire devant le jury d'expropriation.

L'article 3 de l'ordonnance de 1828, signale deux cas dans lesquels la revendication administrative ne peut être exercée. Voici cet article : « Ne donneront pas lieu au » conflit 1° le défaut d'autorisation soit de la part du Gouvernement lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre » ses agents, soit de la part du Conseil de préfecture, » lorsqu'il s'agira de contestations judiciaires dans les- » quelles les communes ou les établissements publics se- » ront parties ;

» 2° Le défaut d'accomplissement des formalités à remplir devant l'administration préalablement aux poursuites judiciaires. »

En premier lieu, le conflit ne peut être élevé sous le prétexte que l'autorisation du Gouvernement n'a pas été obtenue pour poursuivre ses agents.

L'article 75 de la constitution de l'an VIII avait organisé en faveur des agents du Gouvernement une protection spéciale, connue sous le nom de garantie des fonctionnaires.

Aux termes de cet article, on ne pouvait poursuivre les agents du Gouvernement à raison de faits relatifs à leurs fonctions, sans en avoir au préalable obtenu l'autorisation du Conseil d'État.

La garantie des fonctionnaires avait eu des précédents sous l'ancien régime, dans le droit d'évocation. J'emprunte à M. de Tocqueville l'exposé de cet usage (1). « Lorsque les tribunaux de l'ancien régime voulaient poursuivre un représentant quelconque du pouvoir central, il intervenait d'ordinaire un arrêt du Conseil qui soustrayait l'accusé à ses juges et le renvoyait devant des commissaires que le Conseil nommait ; car, comme l'écrit un conseiller d'État de ce temps-là, un administrateur ainsi attaqué eût trouvé de la prévention dans l'esprit des juges ordinaires et l'autorité du roi eût été compromise. Ces sortes d'évocations n'arrivant pas seulement de loin en loin, mais tous les jours, non-seulement à propos des principaux agents, mais à propos des moindres, il suffisait de tenir à l'administration par le plus petit fil pour n'avoir rien à craindre que d'elle. Un piqueur des ponts et chaussées chargé de diriger la corvée, est poursuivi par un paysan qu'il a maltraité. Le Conseil évoque l'affaire et l'ingénieur en chef écrivant confidentiellement à l'intendant, dit à ce propos : A la vérité, le piqueur est très-répréhensible, mais ce n'est pas une raison pour laisser l'affaire suivre son cours, car il est de la plus grande importance pour

(1) De Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution*, liv. II, ch. IV, p. 104.

l'administration des ponts et chaussées que la justice ordinaire n'entende, ni ne reçoive les plaintes des corvéables contre les piqueurs des travaux. Si cet exemple était suivi, ces travaux seraient troublés par des procès continuels que l'animosité publique qui s'attache à ces fonctionnaires ferait naître. »

La constitution de l'an VIII voulut, comme l'avait fait l'ancien régime, s'opposer aux poursuites inconsidérées ou de parti pris qui auraient pu entraver l'action administrative. La garantie, que formula l'article 75, était une garantie personnelle accordée aux fonctionnaires, qu'elle protégeait encore après leur sortie de charge. Elle n'avait nullement pour but de sauvegarder le principe de la séparation des pouvoirs.

L'article 3 de l'ordonnance de 1828, en décidant que le défaut d'autorisation ne pourrait donner lieu au conflit, ne sacrifia pas quoi qu'on en ait dit, le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, si ce principe était engagé, c'est-à-dire si les poursuites intentées contre un fonctionnaire, soulevaient la question de validité ou d'interprétation d'un acte administratif, le conflit pouvait toujours être élevé. L'article 3 ne s'appliquait que dans le cas contraire, toutes les fois que l'action intentée contre un administrateur ne soulevait pas cette question de validité ou d'interprétation d'acte administratif. On pourrait citer comme exemple de cette deuxième hypothèse les poursuites dirigées contre un fonctionnaire pour infractions commises dans l'exercice de ses fonctions, (mais ne constituant pas un acte de la fonction) telles que le détournement d'un dépôt de souscription par un sous-préfet, voies de fait commises contre un subordonné, par un agent dans l'exercice de ses fonctions.

Lorsque le Conseil d'État autorisait les poursuites, elles suivaient leur cours devant les tribunaux ordinaires. Le défaut d'autorisation préalable ne constituait donc qu'une exception, susceptible d'être proposée devant le juge supérieur et d'entraver l'annulation de la procédure, mais qui ne pouvait jamais donner lieu au conflit, parce que l'administration était sans droit à revendiquer une matière rentrant dans la compétence de l'autorité judiciaire.

Un décret du 19 septembre 1870 a abrogé l'article 75 de la constitution de l'an VIII et toutes les autres dispositions ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics.

La jurisprudence est profondément divisée sur les conséquences de ce décret. Nous ne pouvons qu'indiquer les opinions contraires.

D'un côté, la Cour de cassation dans un premier arrêt, et parmi les auteurs MM. Boulatignier et Reverchon, ont soutenu, que dans les poursuites dirigées contre les agents du Gouvernement, tout était désormais remis à la sagesse des tribunaux. A eux d'apprécier, si dans les actes qui leur étaient dénoncés, il y avait en réalité un fait délictueux personnel à l'agent inculpé, ou seulement une application de la loi bonne ou mauvaise, dont l'autorité administrative était seule juge, ou bien encore si la poursuite n'était pas subordonnée à la solution d'une question préjudicielle qu'il n'appartenait pas à l'autorité judiciaire de résoudre (1).

Le Tribunal des conflits arrive à des conclusions toutes différentes. Le décret de 1870, dit-il, n'a eu d'autre effet

(1) Boulatignier, *Dic. gén. d'adm.*, mot *Conflit*, p, 521

que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes les conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence; mais il n'a pu également avoir pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative le droit de proposer un déclinatoire et d'élever le conflit d'attributions. Une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872, qui, instituant le Tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et des règles de compétence qui en découlaient (1).

L'interprétation que le Tribunal des conflits donne du décret de 1870 semble légitime. Cet article créait une entrave à la libre poursuite des fonctionnaires délinquants, elle est abrogée. Mais si la garantie personnelle a disparu, le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas été modifié, et le privilège de l'administration d'être seule juge des actes administratifs reste intact.

Aujourd'hui donc, si une action dirigée contre un fonctionnaire ne soulève pas la question de validité ou d'interprétation d'un acte administratif, les tribunaux sont librement saisis, sans qu'aucune autorisation soit nécessaire. Comme par le passé, le conflit pourra être élevé lorsque la validité ou l'interprétation d'un acte administratif sera au contraire mise en question par les poursuites.

(1) Décision 26-30 juillet 1873; Pelletier contre le général de Ladmirault.

On devra surseoir pour les continuer jusqu'à ce que la section du contentieux du Conseil d'État, seule compétente pour apprécier la légalité des actes de l'administration, en ait prononcé la nullité.

Depuis le décret du 19 septembre 1870, le § 1 de l'article 3 de l'ordonnance n'a plus de signification en ce qui concerne les agents du Gouvernement.

Le deuxième cas prévu par l'article 3 de l'ordonnance est celui-ci : Ne donne pas lieu au conflit le défaut d'autorisation du Conseil de préfecture lorsqu'il s'agit de contestations judiciaires dans lesquelles les communes et les établissements publics seront parties.

Les communes de bourgs, villes ou villages qui croient devoir plaider, ne le peuvent faire sans y avoir été autorisées par les Conseils de préfecture que la loi du 28 pluviôse an VIII a chargés de statuer sur leurs demandes. Par arrêté du 7 messidor et du 9 fructidor an IX, on assimile aux communes les établissements publics, en exigeant d'eux une autorisation analogue pour ester en justice. Cette règle fut développée pour les communes par la loi du 18 juillet 1837 et par celle du 7 août 1851, pour les hospices. Les communes et établissements publics sont donc des incapables dont la tutelle est confiée aux Conseils de préfecture; l'autorisation de leur tuteur est nécessaire pour les habiliter à plaider (art. 1032 Cod. de procéd. civ.).

C'est là une pure formalité dont le défaut peut être opposé par l'avocat de l'adversaire, par le ministère public, et même d'office par le juge, mais qui ne peut donner lieu à un conflit, dans le cas où l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur les procès intentés par ces incapables.

Enfin, le non accomplissement des formalités à remplir devant l'administration, préalablement aux poursuites judiciaires, ne donne pas lieu au conflit.

Lorsqu'un particulier veut intenter une action contre l'État, il doit adresser au préfet un mémoire indiquant l'objet et les motifs de sa prétention; peut-être, en effet, l'État transigera-t-il? Sa demande ne peut être introduite qu'un mois après le dépôt du mémoire (loi du 28 octobre-5 novembre 1790, art. 15, tit. III). La même formalité doit être observée avant d'agir contre une commune (loi du 17 juillet 1837) ou contre un département (loi du 10 août 1835, art. 55).

Ici encore l'interdiction du conflit est justifiée, puisqu'il ne relèverait qu'un vice de procédure et n'aurait pas pour effet de modifier la compétence.

Les auteurs de l'ordonnance de 1828 jugèrent impossible de donner une énumération complète des matières administratives qui pourraient donner lieu au conflit, ils procédèrent par voie d'élimination en indiquant les cas où le conflit ne pourrait être élevé, et imposèrent à l'administration l'obligation d'appuyer toujours les arrêtés de conflits sur le texte formel d'une disposition législative (1).

Mais, pour justifier le conflit, on s'écarta vite de la lettre de l'ordonnance et on se contenta de prendre comme base le principe général de la séparation des pouvoirs et les lois qui l'établissent (2). La Commission de 1828 avait justement voulu prévenir l'usage de ces lois

(1) La disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux y sera textuellement insérée (art. 9, ord. 1828).

(2) Batbie, t. VII, p. 335.

générales, nous en avons pour preuve le commentaire de M. Taillandier, secrétaire de la commission, chargé de rédiger le texte de l'ordonnance : « La commission » n'a pas voulu, en effet (1), dit-il, que le préfet pût se » fonder vaguement sur la loi du 24 août 1796, sur celle » du 21 fructidor an III, ou sur l'arrêté de brumaire » an X, pour motiver un arrêté de conflit. Il faudra » donc que le préfet rapporte nettement la loi qui aura » attribué à l'administration la matière en litige. »

On n'a tenu aucun compte dans la pratique de l'article 9, dont le sens, absolument restrictif, est visiblement indiqué par les lignes que nous venons de citer.

C'est, notamment, en vertu de ces lois générales (24 août 1790, 21 fructidor an III, arrêté de brumaire an X) que l'administration est admise à revendiquer l'interprétation des actes administratifs toutes les fois que pour statuer, dans un procès, le tribunal a besoin d'apprécier ou d'interpréter ces actes.

Devant quelles juridictions peut être élevé le conflit ?

L'administration étant armée du conflit pour revendiquer les contestations qui sont de sa compétence, lorsque les tribunaux judiciaires en sont saisis, il est de toute évidence que le conflit ne peut être élevé devant une juridiction administrative. Ainsi, le préfet ne pourrait prétendre, par ce moyen, revendiquer devant le conseil de préfecture la connaissance d'une affaire qu'il jugerait être de sa propre compétence. Le Conseil d'État serait le seul juge qui pût trancher ce débat entre deux juridictions administratives (arrêt du Conseil d'État, 24 mars 1832, v^o Bouillet).

(1) *Commentaire sur l'ordonnance de 1828*, p. 169.

Devant quels tribunaux de l'ordre judiciaire le conflit peut-il être élevé? On pourrait croire, au premier abord, que les revendications administratives peuvent se produire devant toutes les juridictions de cet ordre; nous verrons, en les passant en revue, qu'il n'en est pas ainsi. Tantôt un texte législatif défend d'élever le conflit en certaines matières, tantôt l'impossibilité de suivre les formes prescrites pour l'élévation du conflit est l'obstacle qui s'oppose aux revendications administratives.

Cours d'assises, Chambres des mises en accusations, Juge d'instruction. — Si l'ordonnance de 1828 ne contient ni définition, ni énumération des matières administratives qui forment l'objet du conflit, elle spécifie certains cas dans lesquels il ne peut être élevé.

L'article 1^{er} porte qu'à l'avenir : « le conflit d'attributions entre les tribunaux et l'autorité administrative » ne sera jamais élevé en matière criminelle. » Cette prohibition fut inspirée aux auteurs de l'ordonnance par le souvenir du scandaleux abus qui fut fait du conflit, sous le Directoire, abus poussé jusqu'à ses dernières limites. Pour paralyser l'indulgence, trop grande aux yeux des Directeurs, que les tribunaux montraient en renvoyant absous les prévenus d'émigration et les prêtres déportés, on annulait par voie de conflit les ordonnances du jury prescrivant leur mise en liberté. On renvoyait ensuite devant une juridiction plus complaisante tous ceux dont la condamnation était désirée.

L'ordonnance sacrifia le droit d'élever le conflit en matière criminelle, autant dans la crainte du retour de semblables abus, que pour enlever tout prétexte d'alarme à l'opinion publique. Quelle est la portée de cette prohibition? Quelques auteurs ont pensé que l'interdiction

d'élever le conflit en matière criminelle n'est pas l'abandon d'un droit appartenant à l'administration, mais la reconnaissance du principe, incontestable à leur avis, que les procès criminels ne peuvent jamais rentrer dans les matières administratives. Ce n'est pas l'opinion commune; M. Duvergier⁽¹⁾ notamment, à très bien fait remarquer que des questions de compétence administrative peuvent s'élever dans un procès criminel. Ainsi, un comptable public étant poursuivi pour dilapidation de sa caisse, il y a lieu d'examiner la question préjudicielle de savoir s'il est en débet et l'administration peut seule se prononcer sur ce point. Cette espèce s'est déjà présentée en 1819, dans l'affaire Fabry (Arrêt de cassation du 15 juillet 1819).

Une question préjudicielle de la compétence de l'autorité administrative étant soulevée devant la juridiction criminelle, il est hors de doute, que le Tribunal pourra et devra surseoir à statuer, jusqu'à ce que cette question ait été tranchée par l'autorité compétente. Mais, si le Tribunal refuse de le faire, l'article 1^{er} de l'ordonnance ne permet pas à l'administration de l'y contraindre en élevant le conflit. La Cour de cassation sera dans ce cas seule appelée à faire respecter l'ordre des compétences.

Suivant la plupart des auteurs l'interdiction d'élever le conflit en matière criminelle ne s'applique qu'à l'action publique; malgré la généralité des termes « en matière criminelle, » ils pensent que l'action civile qui peut y être jointe, n'est pas protégée par la prohibition de l'article 1^{er}.

Le Tribunal des conflits a adopté cette distinction.

(1) Duvergier, *Collection des lois*, annotation sur l'ordon. de 1828.

A la suite de l'exécution des décrets du 29 mars 1880, les sieurs T..... et T....., par acte en date du 4 septembre 1880, portèrent plainte devant le premier président de la Cour d'appel de Poitiers et se portèrent partie civile contre le préfet de la Vienne et le commissaire central. A la suite d'une ordonnance du magistrat instructeur, déclarant qu'il y avait lieu à information, le préfet de la Vienne éleva le conflit.

Sur cet arrêté, le Tribunal des conflits rendit la décision suivante, ainsi conçue en ce qui touche la recevabilité du conflit : « Considérant que, aux termes des lois ci-dessus visées des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, défense est faite aux tribunaux de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions et de connaître des actes d'administration de quelque nature qu'ils soient ; que le droit d'élever le conflit par les lois précitées et par celle du 21 fructidor an III, a pour but d'assurer l'exécution de ces prescriptions et qu'il ne saurait être porté atteinte à ce droit qu'en vertu de dispositions spéciales de la loi ; — considérant qu'à la vérité les sieurs T..... et T..... soutiennent que cette disposition spéciale se rencontre dans la cause et qu'elle résulte de l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1828, aux termes duquel : « A l'avenir le conflit d'attributions entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle ; » — qu'ils concluent de là que par application dudit article 1^{er} le conflit élevé par le préfet du département de la Vienne devant le premier président de la Cour de Poitiers doit être annulé comme non-recevable ; — mais considérant que l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 en l'interdisant à l'autorité administrative en matière criminelle, a eu uniquement pour but d'assu-

rer le libre exercice de l'action publique devant la juridiction criminelle et la compétence exclusive de cette juridiction pour statuer sur la dite action ; — mais que ce texte n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet de soustraire au principe de la séparation des pouvoirs l'action civile formée par la partie qui se prétend lésée, quelle que soit la juridiction devant laquelle cette action soit portée ; considérant d'autre part, que l'acte en date du 4 septembre 1880, par lequel les sieurs T..... et T..... ont rendu plainte devant le premier président de la Cour de Poitiers et se sont portés parties civiles contre le préfet du département de la Vienne, le commissaire central et le commissaire cantonnal, ne constituait pas l'exercice d'une action publique, qu'ainsi la matière n'était pas criminelle dans le sens de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, et que ledit article ne faisait pas obstacle à ce que le conflit fût élevé sur l'action engagée par les sieurs T...., et T...., etc. »

La théorie du Tribunal des conflits est bien simple ; quand le juge d'instruction n'est pas mis en mouvement par le ministère public, quand il n'est saisi que par la plainte d'un particulier qui se constitue partie civile, la matière n'est pas criminelle au sens de l'ordonnance, c'est une véritable action civile et dès lors le conflit peut être élevé en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

De graves autorités (1) et en grand nombre se sont éle-

(1) Mémoire et plaidoiries de M. Bellaigue, *Gazette des Tribunaux*, 3 et 19 déc. 1880 ; Cour de cassation, audience du 17 mars 1881 ; Rapport de M. le conseiller Sallantin, *Gazette des Tribunaux*, 18 mars 1881 ; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tom. X, n° 3, mars 1881 ; *Examen doctrinal, Jurisprudence criminelle*, M. Albert Desjardins.

vées contre cette théorie et ont donné raison aux ordonnances du premier président de Poitiers et à la jurisprudence de la Chambre d'accusation de cette Cour qui les avait confirmées. Nous croyons aussi qu'il y a dans la thèse du Tribunal des conflits un grave oubli des principes de notre droit criminel. Sans doute l'ordonnance de 1828 n'a pour effet que d'assurer le libre cours de l'action publique et permet devant toute juridiction d'élever le conflit contre l'action civile formée par la partie lésée : mais dans l'espèce en question, y avait-il, comme le dit le Tribunal, une action civile portée devant le magistrat instructeur ? Nous ne le pensons pas. Le juge d'instruction n'a incontestablement pas qualité pour instruire sur une action civile et est incompétent pour statuer sur une demande de dommages-intérêts. Sa mission, de quelque manière qu'il soit saisi, par le ministère public ou par la plainte de la victime se constituant partie civile (ce qui selon certains auteurs suffit pour mettre l'action publique en mouvement), se résume à rechercher s'il y a lieu ou non à une poursuite criminelle. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point : « Ni les Chambres du conseil, dit M. Mangin ⁽¹⁾, ni les Chambres d'accusation ne sont compétentes sur l'action civile résultant des crimes ou délits. Quand une partie lésée se constitue partie civile, ce n'est pas pour que les chambres statuent sur ses demandes en réparation civile, c'est pour qu'elles renvoient le prévenu devant un tribunal de répression et que, par là, cette demande puisse y être portée. » M. Faustin Hélie n'est pas moins formel en ce sens ⁽²⁾ : « La Chambre d'accusation

(1) Mangin, *De l'action publique*, t. III, n° 440.

(2) Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. V, n° 2295.

ne peut être saisie que de l'action publique : elle est incompétente pour statuer sur l'action civile des parties et dès lors cette action n'est portée en aucun cas devant elle. » L'action sur laquelle statuent et le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation est donc l'action publique.

Les partisans du système admis par le Tribunal des conflits disent, pour justifier la recevabilité du conflit, qu'il faut assimiler la plainte jointe à une constitution de partie civile à une demande en dommages-intérêts. Cette assimilation est à notre avis inexacte, elle conduirait à dire que la loi permet de porter une action devant un juge incompétent pour la juger. Une autre preuve qu'il n'en est pas ainsi se trouve dans l'article 66 du Code d'instruction criminelle qui spécifie que la constitution de partie civile n'est pas obligatoirement accompagnée d'une demande en dommages-intérêts, il faut une déclaration formelle; la demande pourra n'être formulée qu'en Cour d'assises, jusqu'au jugement. Le plaignant poursuit la répression d'un crime dont il se prétend victime et non la réparation du préjudice qui lui est causé.

Pour étayer la théorie que nous combattons, on a encore prétendu qu'il y avait lieu d'appliquer en matière criminelle les principes admis en matière correctionnelle; or, une jurisprudence constante reconnaît que le conflit peut légitimement être élevé devant le tribunal correctionnel s'il est uniquement saisi par la partie civile.

La situation n'est pas du tout identique; car devant le tribunal correctionnel il y a réellement une action civile engagée et le tribunal est compétent pour la juger. Devant le juge d'instruction il n'en est pas de même : « en se constituant partie civile, la personne qui se dit

lésée prend certains engagements; elle acquiert certains droits dans l'instruction préparatoire, elle ne saisit, elle ne peut saisir aucune juridiction; le conflit est élevé sur ce qui n'est encore qu'une condition d'efficacité de la plainte au criminel. L'action civile portée devant le tribunal correctionnel y sera nécessairement jugée : pour que l'action civile dans l'espèce présente trouve des juges, il faut d'abord que d'après le juge d'instruction, que d'après la chambre des mises en accusation ensuite, il y ait lieu à la poursuite criminelle; la question de la poursuite criminelle est la seule qui se pose devant les deux juridictions d'instruction; c'est la seule dont le conflit leur interdira l'examen; est-ce là ce qu'a dit, ce qu'a voulu l'ordonnance de 1828 ⁽¹⁾? »

En résumé, les juges d'instruction et les Chambres de mises en accusation n'étant compétents que pour connaître de l'action publique, ne pourront jamais être dessaisis par le conflit. Devant les cours d'assises le conflit ne pourra être élevé que pour revendiquer au profit de l'autorité administrative la connaissance d'une action civile portée devant elles.

Tribunaux correctionnels. — L'article 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 porte : « Il ne pourra être élevé de » conflit en matière correctionnelle que dans les deux cas » suivants :

» 1^o Lorsque la répression du délit est attribuée par » une disposition législative à l'autorité administrative.

» 2^o Lorsque le jugement à rendre par le tribunal » dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative en vertu

(1) *Revue critique*, mars 1881, M. Albert Desjardins.

» d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le
» conflit ne pourra être élevé que sur la question pré-
» judiciaire. »

Il semble en lisant cet article que, sauf deux exceptions, l'autorité administrative est dépouillée du droit d'élever le conflit en matière correctionnelle, comme elle l'est devant les juridictions criminelles. Mais en l'analysant avec soin on voit que l'ordonnance, loin de relâcher les droits de l'administration les précise et les confirme. Il est, en effet, difficile de concevoir quelles autres matières correctionnelles que la répression d'un délit dont la connaissance lui a été expressément attribuée et la solution de questions administratives préjudicielles, l'administration pourrait revendiquer devant les tribunaux correctionnels.

Le premier cas où le conflit peut être élevé en matière correctionnelle ne peut donner lieu à de bien grandes difficultés. En effet, la compétence administrative est toute exceptionnelle en ces matières : il faudra donc une disposition législative formelle pour lui en attribuer la connaissance. D'après les lois et règlements en vigueur, l'administration est chargée de la répression des contraventions en matière : de grande voirie, de police du roulage, de mines et carrières et de servitudes militaires.

Le Conseil d'État s'était aussi, à différentes reprises, déclaré compétent pour connaître du délit de diffamation ou d'injure, lorsque cette diffamation ou cette injure était consignée dans la délibération d'un conseil municipal. Cette extension de sa compétence vivement combattue par la plupart des auteurs ne fut pas maintenue par la commission provisoire qui succéda au Conseil. Dans deux dé-

cisions (7 mai 1871 et 18 mai 1872) elle a proclamé en cette matière la compétence judiciaire.

Le deuxième cas où le conflit peut être élevé en matière correctionnelle se présente lorsqu'un jugement à rendre dépend d'une question préjudicielle que l'administration peut seule trancher en vertu d'une disposition législative.

Le conflit ne peut nécessairement porter que sur la question préjudicielle.

Il importe de remarquer que le droit pour l'administration de revendiquer pour elle-même la solution d'une question préjudicielle s'élevant devant un tribunal correctionnel, est subordonné à cette condition que de la solution *dépende* le fond même du procès.

Si la solution de la question préjudicielle n'a pas ce caractère de nécessité, si elle se présente à côté de la question principale, la revendication administrative serait sans fondement. Les termes de l'ordonnance sont formels en ce sens.

L'autorité administrative serait bien fondée à élever le conflit devant les juges correctionnels en raison d'une action civile qui rentre dans sa compétence, alors même que cette action serait jointe à l'action publique dont la connaissance lui échapperait.

Juges de paix. Tribunaux de commerce. — Aucun texte législatif ne tranche la question de savoir si le conflit peut être élevé devant les juges de paix, mais les auteurs de l'ordonnance de 1828 pensèrent que les revendications administratives ne pourraient être exercées devant cette juridiction. M. Taillandier, secrétaire de la commission, déclare que « ce n'est point implicitement qu'elle a entendu bannir de la législation les conflits

en cette matière, qu'elle s'est livrée à une controverse animée sur cette question. » D'ailleurs la procédure organisée par la commission, procédure dans laquelle le ministère public joue un grand rôle, indiquait nettement sa pensée à cet égard. Lorsqu'il n'existe pas de fonctionnaire de cet ordre devant un tribunal, l'exercice du droit de conflit est impossible. La jurisprudence a confirmé cette doctrine par de nombreuses décisions (11 janvier 1829, 28 mai 1829, 12 janvier 1835). On s'est demandé si la même solution devait être admise lorsque le juge de paix statuait comme juge de simple police, car alors il existait un ministère public dont le rôle était rempli par le commissaire de police (art. 144 Code d'instruction criminelle). Le Conseil d'État a tranché la question par deux décisions du 3 décembre 1828 et du 16 juillet 1846, annulant le conflit élevé devant le juge de paix statuant en simple police.

Ces décisions ont donné lieu à de vives controverses et de nombreux auteurs ont soutenu les droits de l'administration en cette matière, se fondant, nous venons de le dire, sur la présence d'un organe du ministère public et sur le silence du texte de l'ordonnance qui, disait-on, avait formellement signalé les juridictions et les cas où le conflit ne saurait être élevé. Personne ne doute, ajoutent-ils, que le conflit ne puisse être élevé si on interjette appel de ces décisions, mais si la revendication est fondée, l'intérêt de la justice et des justiciables n'est-il pas que la question soit tranchée dès l'abord ?

L'absence de ministère public devant les juridictions consulaires a fait admettre par la jurisprudence une solution identique, sur le droit d'élever le conflit devant elle, à celle donnée pour les juges de paix (29 mars 1832), et

a soulevé les mêmes controverses et les mêmes reproches. Il faut remarquer que l'impossibilité d'élever le conflit devant les juridictions spéciales ne tient aucunement à la matière commerciale, mais à la composition des tribunaux, en sorte que le conflit serait régulièrement élevé devant un tribunal de première instance jugeant commercialement, si le procès commercial soulevait des questions administratives de la compétence de l'administration.

Conseils de prud'hommes. — La même impossibilité d'observer devant cette juridiction les formes qui entourent le conflit, a fait donner la même solution : qu'il ne pouvait être régulièrement élevé.

Tribunaux maritimes et conseils de guerre. — Ces juridictions spéciales ne connaissent que des crimes ou délits. Il y aurait donc lieu de leur appliquer les articles 1 et 2 de l'ordonnance de 1828, si l'administration pensait avoir quelques revendications à exercer devant eux.

Cour de cassation. — Vivement controversée avant 1828, la question de savoir si le conflit peut être élevé devant la Cour de cassation a été formellement résolue par l'article 4 de l'ordonnance : « Il ne pourra jamais être élevé de conflit après les jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après les arrêts définitifs. » Pour être déférés à la Cour de cassation, il faut nécessairement que les jugements soient en dernier ressort ou les arrêts définitifs : l'impossibilité d'élever le conflit devant la Cour suprême est donc manifeste.

Jury d'expropriation. — Les raisons qui nous ont fait admettre que le conflit ne peut être élevé devant les juges de paix ou les juges consulaires s'appliquent au jury d'expropriation. Il n'y a pas de ministère public, les formes prescrites ne pourraient donc être observées. Mais

si l'administration avait à faire valoir quelque revendication, elle pourrait la présenter au tribunal lorsqu'il choisit les personnes qui composeront le jury ⁽¹⁾.

Juge des référés. — La jurisprudence admet le droit, pour l'administration, d'élever le conflit devant le juge des référés. La question, qui avait été soumise au Conseil d'État, fut résolue affirmativement par un avis du comité de législation, en date du 3 mai 1844. Il était conçu en ces termes : « Considérant qu'il n'existe aucun obstacle à ce que le conflit soit élevé en référé; que le président d'un tribunal de première instance, jugeant en référé, n'exerce pas une juridiction exceptionnelle, qu'il exerce la juridiction ordinaire du tribunal dont l'autorité lui a été déléguée par la loi pour les cas d'urgence et l'exécution des titres parés; que dès lors l'administration, lorsqu'elle est citée en référé se trouve devant la juridiction où le préfet est autorisé à élever le conflit; que rien ne s'oppose à ce que le procureur du roi assiste au référé, qu'il doit y assister lorsque l'État est en cause, la généralité des articles 83 et 112 du Code de procédure civile, comprenant les référés comme les causes ordinaires; que le préfet devra, comme il le ferait devant le tribunal de première instance, adresser son déclinatoire au procureur du roi; que le président sera tenu de statuer sur le déclinatoire et d'ordonner lui-même, après l'arrêt de conflit, qu'il soit sursis à l'exécution; que les délais de l'ordonnance de 1828, introduits dans l'intérêt des justiciables, comme maximum du temps laissé à l'administration, pour revendiquer les questions qui lui paraissent de sa compétence, ne font pas obstacle à ce que le déclina-

(1) Doc. du Cons. d'État, 28 mars 1866; Usines de Saint-Maur.

toire soit présenté et l'arrêté de conflit déposé au greffe le même jour, ni à ce que le préfet prenne connaissance de l'ordonnance sur minute, etc., est d'avis que le conflit peut régulièrement être élevé devant le président du tribunal qui exerce la juridiction même du tribunal par délégation de la loi; que le préfet devra suivre les formes ordinaires, en renonçant toutefois à tous les délais incompatibles avec la célérité des référés. »

Depuis lors, de nombreuses décisions du Conseil d'État sont intervenues qui ont confirmé cette manière de voir. Le Tribunal des conflits, par deux décisions des 14 décembre 1872 et 11 janvier 1873 a adopté la jurisprudence du comité de législation.

Tribunaux de première instance et Cours d'appel. — Devant les tribunaux civils de première instance et devant les juridictions d'appel, le conflit pourra être élevé et par la nature même des choses c'est là que les revendications administratives se présentent le plus souvent. Que le litige rentre dans la catégorie des affaires sommaires ou ordinaires, qu'il soit jugé en audience publique ou en Chambre du conseil, peu importe, le conflit pourra toujours être élevé (Déc. du 28 mars 1866).

§ II. *Agent compétent pour élever le conflit.*

Jusqu'à l'arrêté du 13 brumaire an X, qui le premier tenta de réglementer la matière en organisant une procédure, le droit d'élever le conflit fut indéterminé. Sous le Directoire, ce droit était dans toutes les mains. Le conflit s'établissait par la revendication formelle des administrations centrales des départements, par leurs dé-

fenses aux parties intéressées d'obtempérer aux jugements des tribunaux, par la contrariété de décisions administratives et judiciaires, par des arrêtés des administrations locales, des commissaires ordonnateurs ou autres chefs de service, et enfin par la dénonciation de simples particuliers qui signalaient au ministre de la Justice des procédures et jugements qui leur semblaient empiéter sur le domaine administratif.

L'arrêté du 5 nivôse an VIII donna au Conseil d'Etat le jugement des conflits sans déterminer à qui appartenait le droit de les lui déférer. La jurisprudence admise par le Conseil régla la matière : tantôt le conflit était constitué *ipso facto* par le refus des tribunaux d'obtempérer aux réquisitions d'incompétence du ministère public, ou par la contrariété de décisions entre un arrêté administratif et un jugement, tantôt il était élevé par les Conseils de préfecture. Quelquefois même le Conseil annulait des jugements sans conflit élevé sur le simple rapport d'un ministre ou de l'administration des domaines.

L'arrêté du 13 brumaire an X réservait aux préfets exclusivement le droit de prendre des arrêtés de conflits. Cette mesure était raisonnable, car élever le conflit c'est revendiquer les droits de l'administration et non trancher une question litigieuse, il était donc naturel de confier ce pouvoir au préfet dont le rôle est actif plutôt qu'au Conseil de préfecture, tribunal administratif.

Voici quelle était la marche indiquée par l'arrêté de l'an X pour l'élévation du conflit. Les commissaires près les tribunaux devaient requérir le renvoi des affaires rentrant dans la compétence administrative lorsqu'elles étaient portées devant le tribunal où ils exerçaient leurs fonctions (art. 1^{er}).

Le tribunal refusait-il le renvoi, ils en devaient instruire sur-le-champ le préfet du département (art. 2). Le préfet dans les vingt-quatre heures élevait le conflit (art. 3). Enfin le préfet avait encore le droit d'élever le conflit indépendamment de toute dénonciation des commissaires près les tribunaux, et ceux-ci devaient notifier au tribunal l'arrêté du préfet (art. 4).

Si formels que fussent les termes de l'article 3, la jurisprudence continua à reconnaître aux ministres et aux Conseils de préfecture le droit d'élever le conflit; quelquefois même on admit encore les particuliers à dénoncer directement aux conseils les jugements et les arrêts pour usurpation de pouvoirs. Suivant le Conseil il ne fallait voir dans l'arrêté de brumaire que la proclamation de la règle générale reconnaissant à l'administration un droit de revendication.

On n'arriva qu'insensiblement à la stricte observation de l'arrêté du 13 brumaire an X.

A dater du 19 thermidor an XI, le Conseil d'Etat commença à refuser aux Conseils de préfecture le droit d'agir, comme il le faisait jusque-là, par évocation, « ce qui n'appartient, disait-il, ni aux tribunaux envers les Conseils de préfecture, ni à ceux-ci envers les tribunaux, mais au régulateur commun. » Le 23 janvier 1814, un décret annula comme entaché d'un excès de pouvoir, un arrêt d'un Conseil de préfecture élevant le conflit. Cette jurisprudence fut confirmée par une ordonnance du 9 avril 1817, annulant également un arrêté de conflit pris par le Conseil de préfecture du Cantal et fut depuis définitivement suivie. Elle était motivée en ces termes : « Considérant que le Conseil de préfecture en élevant lui-même le conflit a usurpé les attributions du préfet et violé les dis-

positions de loi de la matière, notamment celle des articles 3 et 4 de l'arrêté du Gouvernement du 13 brumaire an X. »

Lorsqu'intervint l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, la jurisprudence était fixée et les préfets exerçaient seuls le droit d'élever ce conflit. Les auteurs de l'ordonnance leur maintinrent ce droit (art. 5), mais non sans de longues hésitations. On avait proposé, dans le sein de la commission, de remettre ce droit aux procureurs généraux plus versés que les préfets dans la science du droit, comme eux représentants du Gouvernement et chargés de l'exécution des lois. Cette proposition fut rejetée. On craignit que les procureurs généraux, faisant partie des corps judiciaires et étrangers à l'administration, ne fussent moins en mesure que les préfets de veiller aux intérêts administratifs, et on pensa que ce rôle convenait mieux aux préfets, plus directement soumis aux ministres sur l'invitation desquels les conflits sont le plus souvent élevés.

Les ministres, défenseurs au plus haut degré des attributions administratives, ne partagent pas avec les préfets le droit de revendiquer eux-mêmes devant les tribunaux, la connaissance d'affaires intéressant l'administration. Cette solution est regrettable. Nous pensons qu'il eût été préférable, que ceux-là qui ont le plus souvent besoin d'user de l'arme du conflit, pour défendre les prérogatives dont ils sont constitués gardiens, le puissent faire directement, sans être obligés de recourir à l'intermédiaire de représentants, tenus, il est vrai, de déférer à leur invitation.

Nous avons dit que la jurisprudence, revenant progressivement à la stricte application de l'arrêté du 13 brumaire, enleva aux Conseils de préfecture le droit qu'ils s'étaient arrogés d'élever le conflit.

Ce droit ne peut davantage appartenir aux particuliers, puisque le conflit est une arme donnée à l'autorité administrative pour repousser les empiètements de l'ordre judiciaire. Aussi est-ce par une fausse application des principes que, dans les premiers temps, le Conseil d'État accueillant la demande de parties privées, annula, pour incompétence, plusieurs décisions judiciaires, une juridiction hiérarchique supérieure ou la Cour de cassation ayant seules mission de réformer les sentences rendues en violation de la loi.

Les parties ne peuvent donc obtenir le dessaisissement du tribunal qu'elles croient incompétent qu'en élevant devant lui l'exception d'incompétence. Le tribunal apprécie lui-même le bien fondé de cette exception, et s'il la repousse, il ne reste aux parties que la ressource de la faire triompher en appel.

Ces principes ne sont pas universellement admis. Pendant la discussion de la loi du 24 mai 1872, M. Roger Marvaise proposa de donner aux parties le droit d'élever le conflit. « Lorsque, disait son amendement, devant un tribunal de l'ordre judiciaire, il sera soutenu que la contestation ou une question préjudicielle est de la compétence de l'autorité administrative et réciproquement, lorsque devant la juridiction administrative, il sera soutenu que la contestation ou la question préjudicielle est de la compétence de la juridiction ordinaire, les parties pourront, tant que la question de compétence n'aura pas reçu une solution définitive, se pourvoir directement devant le Tribunal des conflits pour faire régler la compétence.

» Il sera sursis devant les tribunaux judiciaires en première instance ou en appel, à tout acte de procédure

relatif à la question de compétence, à partir du jour de l'ordonnance de renvoi, soit communiqué, faite au domicile ou à la personne des parties en cause ou à leurs avoués. »

Cet amendement fut victorieusement combattu par l'honorable M. Batbie, rapporteur de la loi.

M. Batbie fit remarquer que l'on ne pouvait, dans une loi qui avait pour unique objet l'organisation du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, modifier la législation actuelle par voie d'amendement, en introduisant une innovation d'une exceptionnelle gravité. Sans doute l'intervention du préfet, sans lequel on ne peut faire trancher une question de compétence, produit des lenteurs regrettables dans la procédure, mais en même temps, ne serait-il pas dangereux de remettre l'arme du conflit entre les mains des parties privées et quels abus n'aurait-on pas à craindre des plaideurs de mauvaise foi qui y chercheraient un moyen dilatoire. Au reste, le rapporteur reconnaissait l'importance de la question et la nécessité de l'étudier dans le cas où l'on ferait une loi nouvelle sur l'exercice du droit de conflit.

L'assemblée se rendit à la justesse de ces observations et rejeta l'amendement de M. Roger Marvaise (séance du 3 mai 1872, *Officiel*, du 4 mai). Elle fut, à notre avis, bien inspirée; si l'on comprend qu'un intérêt d'ordre public permette de suspendre l'action de l'autorité judiciaire, ce droit, exercé par un particulier, dans un intérêt privé, serait exorbitant.

Si les parties ne peuvent directement déférer au Tribunal des conflits une contestation qui les intéressent, elles peuvent du moins solliciter du préfet un arrêté de conflit. Celui-ci peut à son gré accueillir favorablement la de-

mande qui lui est faite, ou la rejeter : il est juge souverain des raisons qui sont portées devant lui. Son refus d'intervenir n'est susceptible d'aucun recours soit auprès du ministre, soit devant le Conseil d'État. La partie qui sollicitait l'arrêté de conflit peut seulement avertir officieusement le ministre de l'Intérieur, dont les préfets relèvent directement, de la fin de non-recevoir qui lui est opposée et solliciter l'envoi au préfet d'une invitation d'avoir à élever le conflit.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Longtemps les parties dont la demande avait été écartée par le préfet pouvaient attaquer sa décision devant le Conseil d'État. On invoquait comme base de ce recours les termes de l'arrêté du 13 brumaire an X, d'après lesquels le préfet devait élever le conflit, toutes les fois qu'il était informé par le commissaire du Gouvernement, ou *d'ailleurs*, qu'un tribunal était saisi d'une affaire, qui de sa nature, était de la compétence de l'administration.

En 1820, cette jurisprudence fut modifiée. Un arrêt du Conseil, repoussant un pourvoi formé contre le refus d'un préfet d'élever le conflit, déclara que la décision du préfet ne devait pas être soumise directement au Conseil d'État, mais portée d'abord en appel devant le ministre, comme le sont en principe les actes d'administration préfectorale.

On n'appliqua pas longtemps cette jurisprudence nouvelle. L'avis du Conseil d'État, du 4 février 1821, que j'ai signalé dans l'historique des conflits, écartait d'une manière absolue en cette matière, le droit d'intervention directe des parties privées, intervention incompatible avec la nature même du conflit. La conséquence de ce principe, confirmée par l'ordonnance du 12 décembre

1821, s'imposait : les particuliers n'ayant aucun droit à intervenir comme parties principales au règlement du conflit, l'administration est seule maîtresse d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer la revendication dans l'instance qui lui est signalée et sa décision est sans appel.

Les préfets étant en possession incontestée du droit exclusif d'élever le conflit, il faut examiner dans quelles limites territoriales ils peuvent exercer ce droit.

L'arrêté par lequel un préfet élève le conflit d'attributions, étant un acte des fonctions qu'il exerce comme représentant de l'autorité publique et l'exercice de ses fonctions étant circonscrit dans les limites du département qu'il administre, il s'ensuit qu'il n'a qualité pour l'élever que dans les affaires portées devant les tribunaux de ce département.

Cette règle qui découle de la nature même des choses était nettement formulée dans l'arrêté de brumaire an X (art. 1 et 2). Néanmoins elle fut méconnue en 1823 dans l'affaire Grétry, par une décision qui permettait au préfet d'élever le conflit en dehors des limites de son département, du moment qu'il se fondait sur l'interprétation d'un acte émané de lui ou de l'un de ses prédécesseurs. Cette décision resta sans écho et l'ordonnance de 1828 reproduisit, dans son article 9, la règle de l'arrêté de brumaire.

Les circonstances exceptionnelles qui militeraient en faveur de l'abandon de cette règle, n'ont pu en faire fléchir la rigueur. C'est ainsi qu'il a été jugé que la revendication administrative ne peut être exercée par un préfet dans le département duquel ne serait pas situé le tribunal saisi, alors même que les biens litigieux seraient renfermés dans sa circonscription territoriale ⁽¹⁾, ou qu'il

(1) Décret du 28 juillet 1864. — Cf. Pallet.

serait actionné en garantie comme représentant son département, par un adjudicataire de travaux publics intéressant ledit département (1).

Le Conseil d'État appliqua encore la règle générale dans des circonstances qui soulevaient un doute sérieux ; il s'agissait au fond d'une action intentée contre la compagnie du canal de l'Ourcq, à raison de travaux exécutés par elle dans le département de l'Aisne, en vertu d'ordres du préfet de la Seine. Le préfet ayant été exceptionnellement investi, pour les travaux du canal, d'attributions extraterritoriales, il eût été légitime de prétendre qu'il avait qualité pour élever le conflit, dans les affaires qui s'y rattachaient, devant un tribunal du département de l'Aisne. Cette prétention fut repoussée (2).

Dans le cas où un tribunal est saisi d'une affaire par le renvoi que prononce une Cour réformant le jugement d'un tribunal situé dans un autre département de son ressort, l'agent compétent pour exercer la revendication est le préfet du département où se trouve le tribunal actuellement saisi (3).

Il n'existe donc aucune difficulté lorsqu'un procès est pendant devant un tribunal d'arrondissement : soit que l'affaire y ait été directement portée par les parties, soit qu'elle y ait été renvoyée par la Cour d'appel, dans les deux cas, le préfet du département où siège le tribunal est compétent et seul compétent pour élever le conflit.

La règle que nous venons d'exposer reçoit un échec lorsqu'il s'agit de déterminer quel est le préfet compétent

(1) Décret du 14 avril 1839, c. préfet du Cher.

(2) Décret du 25 mai 1862.

(3) Décret du 12 août 1854, com. de Lussey et d'Etat.

pour élever le conflit devant une Cour d'appel. Une jurisprudence constante décide que dans toute affaire portée en appel devant une Cour, c'est le préfet du département où se trouve le tribunal originairement saisi, qui peut exercer la revendication administrative (1). Le préfet du département siège de la Cour est complètement écarté.

Cette dérogation au principe s'explique aisément. Rien n'est plus naturel que de donner au préfet la poursuite de la revendication qu'il a le premier fait valoir; c'est lui qui est au courant de l'affaire, c'est à lui qu'on notifie l'acte d'appel.

Plusieurs auteurs avaient proposé de distinguer s'il y avait eu ou non un déclinaire proposé en première instance : si, disaient-ils, le préfet a proposé un déclinaire devant la première juridiction, c'est lui qui aura le droit de suivre l'affaire en appel pour y élever le conflit; si, au contraire, l'administration intervient pour la première fois en appel, ce sera le préfet du département siège de la Cour qui aura qualité pour proposer le déclinaire et élever le conflit. Cette distinction, après bien des hésitations, fut repoussée dans la pratique et la jurisprudence n'admit à agir que le préfet du département où se trouve le tribunal primitivement saisi. Une décision, en date du 1^{er} février 1873, du Tribunal des conflits, a confirmé cette jurisprudence (2).

Que faut-il décider lorsqu'une contestation vient devant une Cour d'appel, par suite d'un renvoi prononcé par la

(1) Ordonnance du 20 août 1840 : Dufour et Morel c. préfet du Pas-de-Calais; H^{rs} d'Anvers c. préfet de la Manche; Décret 27 mai 1848 : l'État c. com. des Angles; Décret du 15 mai 1858 : C^{ie} chemin de fer de l'Est.

(2) Af. de Pomereu c. l'État.

Cour de cassation? La jurisprudence a varié sur ce point. Après avoir admis que, dans ce cas, c'est le préfet du département où siège la Cour qui peut élever le conflit ⁽¹⁾, elle semble fixée aujourd'hui en sens contraire, c'est-à-dire qu'on reconnaît comme seul compétent le préfet dans le département duquel est situé le tribunal où l'affaire a été portée en première instance ⁽²⁾. « En effet, dit M. Reverchon, quelle est la conséquence de la cassation prononcée? Ce n'est pas de renouveler l'instance, c'est de remettre la cause et les parties au même état qu'avant la décision cassée, qui est alors considérée comme non avenue. Or, avant cette décision, la cause et les parties étaient à l'état d'appel et à ce moment le conflit n'aurait pu être élevé que par le préfet du département dans lequel était situé le tribunal saisi; il doit en être exactement de même après la cassation qui ne fait que supprimer l'arrêt cassé. »

Ainsi donc, le fonctionnaire compétent pour revendiquer devant une Cour d'appel les droits de l'administration est, dans tous les cas et de quelque manière qu'elle soit saisie, le préfet du département où est situé le tribunal devant lequel le conflit aurait pu être élevé pour la première fois.

Nous avons dit que les préfets peuvent seuls élever le conflit, faut-il comprendre sous ce titre le préfet de police et les préfets maritimes?

Préfet de police. — On n'avait jamais contesté à ce fonctionnaire le droit d'élever le conflit, lorsqu'intervint, le 29 mai 1822, une ordonnance annulant, pour défaut

(1) Ordonnance des 21 août et 24 décembre 1845.

(2) Décision du 1^{er} juillet 1850 et décret du 13 février 1861.

de compétence, un arrêté de conflit pris par lui. Elle se basait sur les termes de l'arrêté du 13 brumaire an X et de l'ordonnance du 12 décembre 1821 qui confiaient l'exercice de ce droit au préfet du département et sur l'arrêté du 12 messidor an VIII, qui déterminait les attributions du préfet de police, était muet sur le droit d'élever le conflit.

Le comité de législation, consulté par les ministres de la Justice et de l'Intérieur, émit, en date du 23 novembre 1822, un avis dans lequel il reconnaissait au préfet de police le droit d'élever le conflit. L'avis se basait sur cette raison que le préfet de police, exerçant une partie des attributions des préfets de département, devait, dès lors, partager avec eux le droit de revendiquer pour l'administration les questions de sa compétence.

Pour éviter le retour d'une semblable erreur, une ordonnance fut rendue le 18 décembre 1822, ainsi conçue : « Considérant que le préfet de police de Paris est chargé d'une partie de l'administration départementale, et qu'il exerce ses fonctions sous l'autorité immédiate de nos ministres, avons ordonné et ordonnons ce qui suit : « 1° Les dispositions de l'article 4 de l'arrêté du 13 brumaire an X, qui autorisent les préfets à élever le conflit entre les deux autorités, sont déclarées communes au préfet de police de Paris; en conséquence, il élèvera le conflit dans les affaires qui, étant par leur nature de la compétence de l'administration, sont placées dans ses attributions. »

Malgré les termes du considérant de cette ordonnance, il n'y a pas lieu de distinguer si le préfet élève le conflit, comme chargé d'une partie de l'administration départe-

mentale, ou en vertu de sa fonction de chef de la police municipale : le dispositif n'établit aucune distinction.

L'avis du 23 novembre 1822, qui inspira l'ordonnance dont je viens de citer les termes, établit bien clairement qu'en déclarant communes au préfet de police les dispositions qui autorisent les préfets des départements à élever le conflit, elle n'a nullement créé un droit de concurrence entre ce préfet et le préfet de la Seine. Après avoir établi la nécessité de maintenir au préfet de police un droit qu'il avait toujours exercé jusque-là, l'avis ajoute : « Qu'il n'est pas moins nécessaire de déterminer en ce point les attributions respectives des deux préfets, pour qu'il ne s'établisse point entre eux une concurrence dont l'intérêt public et particulier pourrait souffrir. » C'est ce partage que l'ordonnance a entendu faire en stipulant expressément que le préfet de police « élèverait le conflit dans les affaires administratives qui sont placées dans ses attributions. »

Préfets maritimes. — Les préfets maritimes partagent-ils avec les préfets des départements le droit d'exercer les revendications administratives? Rien n'indique que la commission de 1828 se soit préoccupée de cette question. Sous l'empire de l'arrêté de brumaire an X, on n'hésitait pas à leur reconnaître ce droit, bien que les termes de l'arrêté semblassent réserver ce droit exclusivement aux préfets des départements. La jurisprudence, depuis 1828, a adopté implicitement la même solution ⁽¹⁾; les raisons qui ont fait admettre ce droit pour

(1) Ordonnance du 23 avril 1840, Bruno Josserand; *id.* 12 février 1841 et 30 mars 1842, Blanchet c. Peyran; décision du Tribunal des conflits, 17 janvier 1874, héritiers Fenandini et Bibetti c. compagnie Valéry.

le préfet de police, militent également, dit-on, pour le laisser aux mains des préfets maritimes. Fonctionnaires placés à la tête d'une administration considérable, immédiatement sous les ordres du Gouvernement, ce sont des préfets spéciaux, établis dans les parties du territoire où l'importance et l'étendue des services maritimes ne permettraient pas de charger de leur direction les préfets ordinaires.

Il est incontestable que les préfets maritimes et les préfets des départements où sont établies les préfectures maritimes ne sauraient exercer concurremment le droit d'élever le conflit. La nécessité de prévenir tout dissentiment entre fonctionnaires et d'éviter des revendications sans fondement ou mal fondées impose cette solution.

§ III. *Phase de l'instance judiciaire où le conflit peut être élevé.*

Pour qu'un conflit puisse être utilement élevé dans une affaire de la compétence administrative portée devant les tribunaux ordinaires, deux conditions sont nécessaires, il faut 1° que l'instance soit engagée, 2° qu'elle ne soit pas terminée.

Nulle difficulté ne s'élève sur le premier point : il est de toute évidence que l'administration ne peut élever une revendication devant un tribunal, qu'autant qu'il est saisi par une demande.

L'article 4 de l'ordonnance de 1828 formule la seconde condition : « Hors le cas prévu ci après par le dernier

paragraphe de l'article 8 ⁽¹⁾ de la présente ordonnance, il ne pourra jamais être élevé de conflit après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après des arrêts définitifs.

« Il n'en était pas ainsi avant l'ordonnance de 1828. Si éloignée que fût la date d'un arrêt ou d'un jugement, alors même que les délais d'appel ou d'opposition étaient expirés, eût elle-même été confirmée par la Cour de cassation, toute décision rendue par l'autorité judiciaire lorsqu'elle excédait les limites de sa compétence était frappée d'une nullité absolue et l'administration conservait, sans qu'il fût prescriptible, le droit de faire prononcer cette nullité : l'incompétence à raison de la matière, disait-on, est d'ordre public et peut être proposée en tout état de cause; nulle prescription, nul laps de temps ne peut donc effacer le vice radical des décisions entachées d'une telle incompétence. » Les parties ne peuvent pas attribuer à l'autorité judiciaire des pouvoirs qu'elle ne tient pas de la loi, et cette autorité ne peut pas, de son côté, mettre une telle usurpation à l'abri des revendications administratives; une usurpation de ce genre n'est pas plus régulière parce qu'elle est devenue plus complète.

Il est facile de comprendre les inconvénients d'un semblable système, qui ne respectant aucunement l'autorité de la chose jugée, remettait en question, quelquefois après plusieurs années, une contestation éteinte et jetait le trouble dans les intérêts.

La commission du contentieux, qui, depuis 1806, était

(1) C'est-à-dire lorsque le Tribunal, sans attendre l'expiration du délai accordé au préfet pour élever le conflit, aurait passé outre au jugement du fond.

juge des conflits, chercha à mettre des bornes aux prétentions exagérées de l'administration. Un arrêté de conflit pris contre un jugement rendu quelques années auparavant, fut annulé par ce motif que « les dispositions qui donnaient au préfet le droit de conflit ne s'appliqueraient pas aux contestations terminées par des jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée » (décret du 15 janvier 1813).

L'exactitude du principe posé par cette décision, le respect dû à la chose jugée, parut trop absolu à l'administration qui tenta et parvint à en faire restreindre l'application par un décret du 6 janvier 1814. Ce décret annulait deux arrêtés de conflits pris contre un arrêt, après l'expiration des délais de recours en cassation. Le Conseil d'État reconnaissait, qu'aux termes de l'arrêté du 13 brumaire an X, on ne pouvait élever de conflit dans des contestations terminées par une décision ayant force de chose jugée; mais, indirectement, il établissait que la revendication administrative pouvait se produire utilement pendant les délais du recours en cassation : selon la doctrine de ce décret, une décision judiciaire n'aurait eu force de chose jugée qu'après l'expiration de ces délais. « Considérant, disait-il, que l'arrêt a été signifié le..., à domicile, *que trois mois après cette signification, le délai pour se pourvoir en cassation étant expiré, cet arrêt avait acquis l'autorité de la chose jugée...*, etc. » Nouveau changement en 1815. Une ordonnance du 8 février annule un arrêté de conflit pris trois mois après la date de l'arrêt par ce motif « que les jugements de première instance en dernier ressort et les arrêts des Cours rendus contradictoirement sont empreints du caractère de la chose jugée au moment même où ils sont prononcés. »

Cette doctrine, véritablement conforme aux principes, fut encore battue en brèche. Le Conseil d'État décida en 1819 que le conflit pouvait être élevé tant que le délai de l'appel ou du recours en cassation ne serait pas expiré. La nécessité de protéger plus efficacement les droits de l'administration ne l'obligeait à s'arrêter, pensait le Conseil, que devant une décision passée en force de chose définitivement jugée, et une décision n'avait ce caractère qu'autant qu'elle n'était plus susceptible d'appel, ni de pouvoir être attaquée par la voie du recours en cassation (ordonnance du 23 juin 1819, *id.*, 4 août 1819, *id.*, 20 juin 1821). Toutefois une ordonnance de 1824 reconnaissait que le rejet prononcé par la Cour de cassation ne permettrait plus d'élever le conflit.

L'opinion s'émut vivement de cette jurisprudence, et ce fut une des principales difficultés qu'eut à résoudre, en 1828, la commission chargée de réviser la législation du conflit. M. de Cormenin, son rapporteur, conclut énergiquement à la nécessité de revenir au principe qui avait affirmé l'arrêt de 1815, c'est-à-dire au respect absolu de la chose jugée. C'est là, au degré le plus élevé, un principe d'ordre public contre lequel aucun autre ne saurait prévaloir. « Dans une société régulière, dit M. Reverchon, la chose définitivement vidée est le dernier mot des contestations humaines; ébranler le respect absolu qui lui est dû, c'est substituer l'empire de la force à l'empire du droit. La chose jugée couvre et purge tous les vices; elle couvre, elle doit couvrir celui de l'incompétence comme tout autre. Les préoccupations exagérées d'un intérêt administratif ou politique mal compris ont pu méconnaître pendant un temps plus ou moins long cette grande et élémentaire nécessité, mais le jour où

elle a été librement et mûrement débattue, elle a dû prévaloir, et l'article 4 de l'ordonnance de 1828 n'a fait que le traduire et l'appliquer par ses dispositions. »

Le conflit, depuis l'ordonnance de 1828, ne peut donc plus être élevé lorsque la contestation a été tranchée par une décision définitive.

L'article 4 ne parlant que des jugements rendus en dernier ressort, on en pourrait conclure que la revendication administrative peut s'exercer après un jugement rendu en première instance seulement. Il n'en est rien : l'expression a mal traduit la pensée des auteurs de l'ordonnance, et il faut dire que le conflit ne peut être élevé lorsqu'un jugement au fond a été rendu. Aucun doute ne peut exister sur ce point, puisque le deuxième paragraphe de l'article le dit expressément, que « le conflit pourra être élevé en cause d'appel s'il ne l'a pas été en première instance. » Il faut en conclure avec le Conseil d'État que le préfet, ayant omis d'élever le conflit pendant le débat en première instance, ne le pourra que si l'appel vient rouvrir la lice judiciaire (ordonnance du 8 avril 1829, Rives, 28 août 1844, Abadie Mounon, annulant des arrêtés de conflit, puis, dans les délais de l'appel, contre des jugements rendus en premier ressort). En effet, un jugement au fond, alors même qu'il est susceptible d'appel, a force de chose jugée dès qu'il est rendu; l'éventualité de l'appel n'est qu'une condition résolutoire qui, si elle ne se réalise pas, n'empêchera pas que ce jugement n'ait eu dès l'origine le caractère et les effets d'un jugement en dernier ressort ⁽¹⁾.

Le préfet peut élever le conflit devant une Cour d'appel.

(1) *Dict. d'administration* de Block, mot *Conflit*; M. Reverchon.

Il ne le pourrait plus après un arrêt définitif ou après un jugement, si l'appel avait été interjeté tardivement. En effet, la revendication ne peut s'élever en appel que parce que la contestation revit; or un appel irrecevable ne peut la faire revivre (décret du 30 juillet 1857, com. de Saint-Laurent).

Le deuxième paragraphe de l'article 4 prévoit le cas où un tribunal, saisi d'un déclinatoire d'incompétence statue sur le fond, sans attendre l'expiration du délai accordé au préfet pour élever le conflit. Le préfet peut alors user de son droit de revendication, quand bien même la décision, jugement ou arrêt, serait définitive.

L'article 454 du Code de procédure civile permet d'interjeter appel, encore que le jugement ait été qualifié en dernier ressort, lorsque la partie appelante allègue l'incompétence du tribunal qui a rendu le jugement. Le préfet peut alors intervenir pour proposer le déclinatoire et élever le conflit (ordonnance du 19 octobre 1838).

A la suite d'une décision judiciaire rendue par défaut, le droit d'élever le conflit n'appartient plus au préfet : car, l'éventualité de l'opposition que peut former la partie condamnée, n'est comme l'appel, qu'une condition résolutoire qui n'empêche pas que le jugement ou l'arrêt ne soit, quant à présent, définitif et ne doive l'être du jour même où il a été prononcé, si l'opposition n'est pas formée.

A plus forte raison, le conflit ne pourrait être élevé après un jugement ou un arrêt définitif, pendant le délai du recours en cassation, délai qui n'est pas suspensif, ou devant la Cour elle-même. La contestation ne renaît pas par suite du pourvoi en cassation et la Cour ne peut que maintenir ou casser la décision qui lui est soumise.

Si la Cour suprême, admettant le pourvoi, vient à casser la décision qui lui a été déférée, cette décision est non avenue, le litige renaît et alors le conflit peut être élevé devant le Tribunal ou la Cour à laquelle l'affaire a été renvoyée. L'effet de la cassation étant de remettre la cause et les parties au même état qu'avant la décision cassée, le préfet peut faire valoir sa revendication jusqu'à ce qu'une nouvelle décision définitive soit intervenue (ordonnances du 19 mars et du 24 décembre 1845).

Cette solution s'applique également au cas de tierce opposition ou de requête civile. La tierce opposition n'a pas d'effet suspensif et ne rouvre pas le procès qui a été jugé; les juges doivent se borner à déclarer si la décision attaquée par le tiers opposant lui est ou non applicable. L'action du préfet ne saurait se produire dans la requête civile, non plus que dans le recours en cassation : les juges ayant examiné si l'ouverture de la requête est ou non fondée, rétractent et mettent à néant la décision attaquée, ils ne se prononcent pas sur le fond de l'affaire; une instance nouvelle, dans laquelle le préfet pourra élever le conflit avant le nouveau jugement définitif, sera nécessaire pour faire juger l'affaire.

Lorsque les parties s'adressent à un tribunal pour obtenir l'interprétation d'un jugement dont l'exécution soulève des difficultés, ou au juge des référés pour faire interpréter une ordonnance précédemment rendue, l'ancienne contestation ne revit pas : c'est un nouveau procès qui surgit et le préfet ne saurait revendiquer la connaissance de l'instance primitive (ordonnance du 5 décembre 1828). Mais la revendication de l'administration serait légitime, si elle se bornait au nouveau litige, surtout lorsque la demande soulève des questions nouvelles de

la compétence administrative (ordonnance du 16 mars 1848 et décret du 12 août 1854).

Le prononcé du jugement ou de l'arrêt fixe le moment à partir duquel l'intervention du préfet ne peut plus être admise, mais jusque-là il pourrait élever le conflit, même après les plaidoiries et les conclusions du ministère public (décret du 28 juillet 1864).

Le jugement sur le fond étant la limite où expire le droit de l'administration de faire valoir ses revendications il faut dire que les jugements préparatoires et même les jugements interlocutoires ne s'opposent pas à ce que le conflit soit élevé, bien que, par leur nature, ils préjugent la solution de l'affaire (ordonnance du 16 avril 1841, comte de l'Épine; décision de la Commission provisoire du 13 mars 1872, préfet du Tarn-et-Garonne; *id.* du Tribunal des conflits, 1^{er} janvier 1873. V^e Cognet).

Un jugement définitif affirmant expressément la compétence du tribunal, sur l'exception proposée par l'une des parties, ne ferait pas obstacle à la revendication, même dans le cas où cette exception aurait été soulevée par le préfet, partie en cause comme représentant l'État ou le département. Le préfet est alors un simple plaideur (décret du 22 mai 1869, com. de Saint-Félix de Lodez; décision de la Com. provisoire 21 octobre 1871, préfet de la Gironde; décrets des 12 décembre 1868 et 4 mai 1870; décision du 11 janvier 1873).

L'article 4 de l'ordonnance de 1828 défend d'élever le conflit après un jugement acquiescé. Une controverse s'éleva sur le sens qu'il fallait donner à ces mots. Elle fut tranchée par le Conseil d'État qui reconnut que l'acquiescement prévu par l'ordonnance ne devait s'entendre que de celui qui aurait conféré la force de la chose jugée à un

jugement rendu sur le fond du droit (ordonnances des 5 mars 1841 et 9 juin 1842; décisions des 21 octobre 1871 et 13 mars 1872). Aussi a-t-il été jugé que l'acquiescement des parties à un jugement qui se borne à ordonner une expertise, n'empêche pas qu'un conflit puisse être régulièrement élevé (ordonnance du 3 août 1845, caisse hypothécaire). De même un préfet, partie en cause au nom du domaine, qui a reconnu la compétence de l'autorité judiciaire et a défendu au fond et sans réserve, comme si cette autorité était compétente, est encore recevable à revendiquer pour l'administration (avant le jugement définitif), la connaissance du litige (ordonnance du 30 décembre 1842).

Le désistement du demandeur et la transaction, dessaisissant le tribunal, le conflit n'aurait plus aucune raison d'être.

Se fondant sur ce principe qu'on ne saurait exercer de revendication, là où il n'y a point de contestation, le Conseil d'État a jugé, qu'au cas où l'autorité judiciaire a déclaré prescrite une action correctionnelle, il n'y a pas lieu de statuer sur le conflit élevé soit à raison d'une question d'interprétation préjudicielle à l'exercice de cette action, soit à raison d'une action en garantie que l'individu cité en police correctionnelle aurait prétendu exercer contre l'État, pour le cas où il aurait été condamné (décret du 4 juin 1857, Lecomte).

La péremption d'instance rendant nonavenus tous les actes de procédure, il n'existe plus de contestation pendante devant l'autorité judiciaire, donc il n'y a plus lieu au conflit. Ce droit renaîtrait et pourrait être légitimement exercé le jour où le procès viendrait lui-même à renaître.

Les nombreuses controverses que la rédaction défectueuse de l'article 4 a fait surgir, font regretter qu'elle n'ait pas été remplacée par celle que proposait l'article 8 du projet de 1836. Le principe y était nettement mis en lumière. Cet article était ainsi conçu : « Le conflit peut être élevé tant qu'il n'a pas été statué au fond : il peut encore l'être après le jugement sur le fond, lorsque le jugement a été rendu pendant le délai accordé au préfet pour l'élever après le déclinatoire. » Ce lumineux exposé des cas où l'administration peut être admise à faire utilement valoir ses droits eût coupé court à toute discussion.

§ IV. *Procédure à suivre devant le tribunal saisi de la contestation.*

La revendication que le préfet exerce au nom de l'administration, devant l'autorité judiciaire indûment saisie, se compose de deux actes indispensables : le déclinatoire et l'arrêté de conflit.

La nullité du conflit est la sanction que l'ordonnance de 1828 attache à la stricte observation de ses prescriptions. Elle démontre l'importance de la procédure du conflit. « A l'avenir, » porte l'article 5, « le conflit ne pourra être » élevé que dans les formes et de la manière déterminée » dans les articles suivants. »

« Art. 6. Lorsqu'un préfet estimera que la connaissance d'une question portée devant un tribunal de première instance est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, il pourra, alors même que l'adminis-

tration ne serait pas en cause, demander le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente. A cet effet, le préfet adressera au procureur du roi un mémoire dans lequel sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige. Le procureur du roi fera connaître, dans tous les cas, au tribunal, la demande formée par le préfet et requerra le renvoi, si la revendication lui paraît fondée. »

Cet article contient une importante innovation : la nécessité d'un déclinatorio. « Pour mieux saisir, » dit M. Taillandier ⁽¹⁾, « en quoi consiste cette innovation, il faut rappeler en peu de mots la manière dont on procédait jusqu'ici en cette matière. Un préfet apprenait, soit par une partie intéressée, soit par le bruit public, ou par toute autre voie qu'une affaire qui lui paraissait administrative était soumise à la connaissance d'un tribunal, il prenait aussitôt un arrêté au moyen duquel il requérait qu'il fût sursis au jugement jusqu'à la décision du Conseil d'État sur la question de compétence. Cet arrêté de conflit, communiqué au tribunal par le ministère public paralysait son action, et, sans que le juge eût été mis à même de prononcer sur sa compétence, il se voyait ainsi enlever violemment une cause qu'il aurait peut-être renvoyée lui-même devant l'autorité administrative, s'il eût été averti des difficultés relatives à la compétence. Il est impossible de nier qu'il y eut dans cette manière de procéder, oubli de toutes les formes judiciaires et même violation de toutes les convenances sociales. » Il y avait là surtout oubli de la nature et du caractère du conflit. Le conflit étant une contradiction entre les deux pouvoirs, il est

(1) Taillandier, *Commentaire sur l'ordonnance de 1828*, p. 152.

nécessaire que l'autorité judiciaire ait refusé de se dessaisir d'une contestation revendiquée par l'autorité administrative pour qu'il y ait conflit; si le pouvoir judiciaire n'a pas été mis en demeure de statuer sur sa propre compétence, il y aura évocation et non conflit. Cette formalité offre encore l'avantage d'éclairer souvent l'administration par une discussion publique et contradictoire, et plus d'une fois les motifs sur lesquels le tribunal se fondait pour affirmer sa compétence, ont empêché le préfet de persister dans des prétentions mal fondées qui eussent échoué devant le juge des conflits.

Le système antérieur qui permettait d'arrêter l'affaire dès le début et épargnait ainsi aux parties les lenteurs et les frais de la procédure, rencontra dans M. de Cormenin un ardent défenseur. Mais la commission se sépara, sur ce point, de l'avis de son éminent rapporteur.

L'article 6 pose le principe. Si le préfet croit devoir revendiquer une contestation dont l'autorité judiciaire est saisie et qui lui semble rentrer dans la compétence administrative, il doit, avant tout, inviter le tribunal à se déclarer incompétent. C'est là le déclinatoire. Si l'arrêté de conflit n'a pas été précédé de cet avertissement nécessaire, il est nul. Cela ressort avec évidence des articles 5 et 6 combinés et l'on peut s'étonner de la fréquence des occasions qui ont obligé le Conseil d'État à appliquer cette règle.

Rien ne peut suppléer le déclinatoire. Quelques préfets avaient pensé pouvoir élever le conflit sans cette formalité, en se fondant sur ce que l'autorité judiciaire avait été mise en demeure, par une exception d'incompétence, de prononcer sur sa propre compétence et l'avait affirmée.

Le Conseil d'État a annulé ces arrêtés de conflit (1). En effet, c'est comme représentant de la puissance publique, dans l'intérêt de l'ordre et du maintien des compétences, qu'il agit en proposant le déclinatoire; l'exception d'incompétence, eût-elle été soulevée par le préfet lui-même, représentant du département ou de l'État, partie en cause, a un tout autre caractère. De même les conclusions du ministère public, tendant à ce que l'affaire soit renvoyée à l'autorité administrative, ne peuvent tenir lieu du déclinatoire (2).

Le déclinatoire peut être proposé au tribunal en tout état de cause, jusqu'à la décision définitive, moment où la revendication elle-même ne peut plus être exercée. Il est donc recevable après les plaidoiries des avocats; les conclusions du ministère public, après même que l'affaire a été mise en délibéré (29 juil. 1854, aff. Pallix).

Un jugement par lequel un tribunal se serait déjà déclaré compétent ne saurait empêcher le préfet de réclamer le renvoi (décret du 12 décembre 1868, aff. Clément et décision du 4 mai 1870). Il pourrait encore présenter son déclinatoire à un tribunal qui se serait déclaré compétent et connaîtrait de l'affaire après que son jugement sur sa propre compétence, porté en appel par une des parties, y aurait été confirmé (décret du 6 avril 1863; ville de Caen).

Lorsque dans une instance où le préfet demande le renvoi, il a été rendu un jugement préparatoire ou interlocutoire, le ministère public peut transmettre le déclinatoire,

(1) Décision du 6 mai 1848, Stègre; décret du 1^{er} décembre 1859 et décision du 14 décembre 1872.

(2) Décision du 16 novembre 1854; ordon. du 3 mai 1839 et décision du 25 mars 1848.

sans être tenu d'attendre que les parties soient revenues devant les juges pour obtenir un jugement définitif (décision du Tribunal des conflits, 24 juillet 1851).

Quoique l'ordonnance de 1828 ne s'explique pas sur la revendication exercée devant les tribunaux d'appel, il n'est douteux pour personne que la formalité du déclinaire s'impose comme en première instance. Les motifs de convenance que nous avons invoqués sont encore plus pressants et nous avons dit qu'il était nécessaire que le débat fût suscité pour qu'il y eût véritablement conflit.

Cependant l'article 8 de l'ordonnance prévoit une hypothèse dans laquelle le conflit peut être élevé sans que le déclinaire ait été proposé devant la Cour. « Si le déclinaire est rejeté, dans la quinzaine de cet envoi pour tout délai, le préfet du département, s'il estime qu'il y ait lieu, pourra élever le conflit. *Si le déclinaire est admis, le préfet pourra également élever le conflit dans la quinzaine qui suivra la signification de l'acte d'appel, si la partie interjetée appelle de ce jugement.* »

Malgré cette disposition dont le sens ne paraît pas devoir être douteux, longtemps le Conseil d'État refusa à l'administration le droit d'élever le conflit, sans avoir au préalable mis, par un nouveau déclinaire, la juridiction saisie de l'acte d'appel, à même de statuer sur sa compétence (ordonnances des 18 octobre 1833, 20 janvier, 20 avril et 10 décembre 1835, 26 mai 1837 et 20 avril 1840).

Cette jurisprudence fut renversée par un décret du Conseil d'État, en date du 22 mai 1840, qui reconnaissait, dans l'espèce qui nous occupe, le droit d'élever le conflit, sans déclinaire nouveau. « Considérant, sur la régularité du conflit, que le déclinaire a été proposé par le préfet devant le tribunal de Marseille : qui y a fait

droit par jugement du 17 août 1838; qu'appel ayant été interjeté de ce jugement, le préfet a élevé le conflit dans la quinzaine de la signification de l'acte d'appel et s'est ainsi littéralement conformé aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. » Le Tribunal des conflits a depuis confirmé cette jurisprudence (décision du 1^{er} janvier 1873, Pomereu c. l'État). On a tenté de justifier cette interprétation en disant qu'ainsi on évitait les lenteurs inutiles, sans froisser les susceptibilités de l'autorité judiciaire, puisque, dans cette hypothèse, c'est la décision même de cette autorité que l'administration protège contre l'appelant. Il est néanmoins manifeste que l'interprétation antérieurement admise était plus conforme à l'esprit général sinon à la lettre de l'ordonnance de 1828. Le Conseil d'État l'a si bien senti lui-même qu'il n'est pas allé jusqu'à imposer au préfet l'obligation d'élever le conflit dans ce cas, sans proposer un nouveau déclinatoire et pourtant telle aurait dû être la conséquence de sa nouvelle jurisprudence, car en matière de conflits les délais prescrits sont de rigueur, l'inobservation de ces délais emporte déchéance, et dès lors, si le conflit peut être élevé dans la quinzaine de l'acte d'appel, il doit l'être à peine de nullité. Depuis 1840, le Conseil d'État a autorisé les préfets qui avaient laissé écouler le délai de quinze jours à renouveler le déclinatoire sur l'appel du jugement de première instance qui y avait fait droit ⁽¹⁾ (ordonnances des 20 août 1840 et 23 juillet 1841).

Lorsqu'un tribunal, faisant droit à un déclinatoire proposé, s'est déclaré incompétent et qu'opposition étant faite à cette décision, il intervient un jugement en sens

(1) Reverchon, *Diction. d'admin.*, mot *Conflit*.

contraire, le préfet n'est pas obligé, pour élever le conflit, de renouveler son déclinaire (ord. du 6 mai 1835). En effet, l'autorité judiciaire a été mise en demeure de statuer sur sa compétence.

Le déclinaire doit évidemment émaner du préfet qui seul a qualité pour élever le conflit. En 1839 (15 août), le Conseil d'État avait décidé que le déclinaire irrégulièrement élevé par un préfet autre que celui du département, siège du tribunal saisi, c'est-à-dire par un préfet incompétent, pouvait dispenser le préfet compétent lorsqu'il prenait la suite de l'affaire en appel, de présenter lui-même un nouveau déclinaire avant d'élever le conflit. Il se basait sur ce que l'attention de l'autorité judiciaire avait été appelée par l'administration sur sa compétence et que dès lors, le but de l'article 6 était atteint. C'était là une erreur évidente que le Conseil a condamné lui-même depuis (décision du 18 décembre 1848).

Le déclinaire n'est soumis à aucune forme particulière : la seule condition imposée par l'article 6 est qu'il fasse *mention* ⁽¹⁾ de la disposition législative sur laquelle il est fondé.

Le vœu de l'ordonnance est rempli quand l'autorité judiciaire est, par l'intermédiaire du procureur de la République, avertie que le préfet entend revendiquer la connaissance du litige dont elle est saisie. Le déclinaire peut donc prendre soit la forme d'un mémoire (c'est celle que prévoit l'ordonnance), soit celle d'une lettre missive : il peut encore être présenté par voie d'arrêté motivé.

(1) Pour l'arrêté de conflit la disposition législative doit être textuellement insérée; dans le déclaratoire, il suffit qu'elle soit visée.

Les préfets ne sauraient trop soigner la rédaction du mémoire en déclinatoire. Le meilleur moyen de résoudre le conflit est évidemment de prouver au Tribunal son incompétence et pour cela d'exposer d'une manière complète tous les arguments qui militent en faveur de la prétention de l'administration. Ne voir dans le déclinatoire qu'une simple formalité, serait en même temps manquer aux égards dus à l'autorité judiciaire et s'écarter des intentions formelles du législateur (circulaire du ministre de l'Intérieur, 30 août 1826).

Il importe de remarquer que le droit du préfet n'est pas épuisé, lorsqu'il a signalé au tribunal son incompétence sur une des questions litigieuses; s'il s'aperçoit, postérieurement à la transmission de son premier mémoire, que l'affaire dont il n'avait revendiqué qu'une partie, doit tout entière être jugée par l'autorité administrative, nul doute qu'il ne puisse compléter, en ce sens, sa première demande.

C'est au procureur de la république ou au procureur général que le mémoire doit être adressé et non au Tribunal ou à la Cour. Il doit le faire directement et ne point remettre ce soin au sous-préfet de l'arrondissement où siège le tribunal. Cette transmission a une très sérieuse importance, car si la décision était rendue sans que le parquet eût été saisi du déclinatoire, le conflit ne pourrait plus être valablement élevé.

Le paragraphe 2^e de l'article 6 porte : « Le procureur du roi fera connaître dans tous les cas au tribunal la demande formée par le préfet et requerra le renvoi, si la revendication lui paraît fondée. »

Deux obligations bien distinctes résultent pour le ministère public de cette disposition. Il est tenu dans tous les

cas de communiquer au tribunal le déclinatorio que le préfet lui a transmis, sans se constituer juge de l'opportunité ou du bien fondé de la demande. C'est là une première obligation stricte à laquelle il ne saurait se soustraire.

L'ordonnance de 1828 n'a fixé aucun délai pour cette communication, mais dans son esprit elle doit être faite sans retard. Des instructions en ce sens furent adressées aux parquets par une circulaire ministérielle du 15 décembre 1847. « Il arrive trop souvent, disait le garde-des-sceaux, qu'un temps considérable s'écoule soit entre la remise du déclinatorio ou de l'arrêté de conflit par le préfet aux officiers du parquet et la communication de ce déclinatorio ou de cet arrêté au Tribunal ou à la Cour, soit entre le dépôt de l'arrêté de conflit au greffe, ou au parquet et son envoi à la chancellerie. Je désire qu'à l'avenir ces retards soient évités avec soin et que, s'ils venaient à se produire dans quelques circonstances particulières, des explications me soient toujours données sur leurs causes. »

Si le ministère public s'abstenait de communiquer ce déclinatorio au tribunal, et si celui-ci, ignorant la prétention émise par le préfet, statuait au fond, le préfet pourrait valablement élever le conflit, nonobstant cette décision, jusqu'à l'envoi qui lui en serait fait et dans la quinzaine de cet envoi. Une omission volontaire ou involontaire de l'autorité judiciaire ne pourrait, en effet, paralyser l'exercice des droits dont l'administration est investie en cette matière, alors qu'elle a rempli toutes les formalités qui lui sont imposées.

Le rôle du ministère public est terminé par la communication qu'il a faite au tribunal, lorsque la revendication

administrative ne lui paraît pas fondée; au contraire, lui semble-t-elle légitime il donnera au préfet l'appui de sa parole et requerra le renvoi. Mais le procureur de la République n'est nullement tenu de se porter l'avocat de l'administration, organe de la loi, il ne doit puiser ses inspirations que dans sa conscience, et sa raison seule doit lui dicter son devoir.

La communication du déclinatoire doit être faite en audience publique : il faut en effet que la question de compétence soit débattue contradictoirement avec les parties, dans les formes et avec les garanties ordinaires. Elle ne serait faite en chambre du conseil que si l'affaire devait elle-même y être jugée.

Saisi par le déclinatoire de la demande du renvoi, les juges ne peuvent se refuser à statuer sur leur propre compétence. Mais s'ils écartaient le déclinatoire comme tardif ou irrégulier, le préfet n'aurait ni l'obligation ni le droit de provoquer un jugement sur la compétence même, il pourrait et devrait élever sans retard le conflit, car le tribunal a statué sur le déclinatoire en le repoussant (décision du 3 avril 1850).

Il importe de remarquer que le préfet, agissant comme représentant de la puissance publique et dans l'intérêt de la loi, n'a point à recourir au ministère d'un avoué ou à un avocat, pour se faire représenter devant le tribunal. Pour le même motif, le tribunal ne pourrait point, à raison de la demande de renvoi présentée par le préfet, le déclarer intervenant au procès et le condamner aux dépens, si son déclinatoire n'était pas accueilli (décis. de la com. provisoire, 21 octobre 1871, préfet du Gers). Le Tribunal des conflits prononcerait l'annulation d'un jugement, en tant qu'il contiendrait une condamnation de

cette nature, alors même que le conflit serait sans fondement. Un autre recours serait encore ouvert au préfet qui préférerait ne pas élever le conflit. Il devrait informer le garde-des-sceaux de la condamnation prononcée contre lui. Le ministre de la Justice inviterait le procureur général près la Cour de cassation, à déférer à la Cour suprême, conformément à l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, ce jugement illégal, qui serait à coup sûr cassé pour excès de pouvoirs (arrêt de cassation du 26 mars 1834).

Mais, après avoir proclamé son incompétence, le jugement du tribunal condamnant une partie aux dépens serait parfaitement valable et ne pourrait servir de base à un arrêté de conflit (décret du 18 avril 1861).

Comment le préfet sera-t-il informé de la décision rendue sur son déclinatoire ?

L'article 7 de l'ordonnance répond à cette question. « Après que le tribunal aura statué sur le déclinatoire, le procureur du roi, adressera au préfet, dans les cinq jours qui suivront le jugement, copie de ses conclusions ou réquisitions, et du jugement rendu sur la compétence. La date de l'envoi sera consignée sur le registre à ce destiné. »

Le délai de cinq jours imparti aux magistrats du parquet pour effectuer l'envoi du jugement, est souvent insuffisant. Ces retards proviennent toujours du temps assez long que nécessite la rédaction des qualités des jugements.

La copie des conclusions ou réquisitions du ministère public, qui doit être jointe à l'envoi du jugement servira, tantôt au préfet pour la rédaction de son arrêté de conflit, tantôt il réussira à l'éclairer et à lui faire abandonner sa prétention.

Aucune sanction légale n'est attachée au non accomplissement de l'envoi dans le délai prescrit ; mais la négligence des parquets ne porte aucune atteinte aux droits de l'administration.

Les parquets de tous les tribunaux, tant de première instance que d'appel, doivent avoir un registre spécial destiné à faire connaître les diverses phases de la procédure. Il doit mentionner et constater les dates :

- 1° De l'envoi du déclinaire au parquet ;
- 2° De la communication de ce déclinaire au tribunal et des réquisitions prises par le ministère public ;
- 3° De l'envoi au préfet du jugement rendu sur le déclinaire ;
- 4° De la signification de l'acte d'appel, s'il y a eu appel ;
- 5° Du dépôt de l'arrêté de conflit et du récépissé qui en est délivré ;
- 6° De la communication de cet arrêté au tribunal ;
- 7° Des réquisitions à fin de sursis et du jugement qui intervient ;
- 8° Du rétablissement des pièces au greffe ;
- 9° De l'avis donné aux parties, conformément à l'article 13.
- 10° De la remise des observations au parquet, s'il y a lieu ;
- 11° Enfin, de l'envoi fait au ministère de la Justice, conformément à l'article 14 (circulaire du garde-des-sceaux, 5 juillet 1828).

On ne saurait raisonnablement contester l'utilité de ce registre : il sert à établir l'accomplissement des diverses formalités prescrites par l'ordonnance et à constater le point de départ des délais établis à peine de nullité :

ses énonciations peuvent donc quelquefois faire prononcer la déchéance du conflit (décret du 16 mai 1863). Le tribunal des conflits de 1848 était allé jusqu'à décider que les constatations de ce registre ne pouvaient être infirmées par la preuve acquise de leur inexactitude (décision du 18 avril 1850). Rien dans l'ordonnance, nous semble-t-il, n'autorise à leur donner une semblable valeur : au reste, un décret du Conseil d'État du 19 juin 1869 (mines de la Grand'Combe), a décidé, ce qui nous semble plus équitable, que les mentions du registre ne feraient foi que jusqu'à preuve contraire

Arrêté de conflit. — Si l'autorité judiciaire avertie de son incompétence par le déclinatoire, repousse la revendication de l'administration, le préfet peut prendre son arrêté de conflit. Il le peut encore dans le cas où le tribunal, ayant reconnu son incompétence et accueilli le déclinatoire, une partie a interjeté appel du jugement.

La procédure que devra suivre le préfet pour l'élévation du conflit est tout entière enfermée dans l'ordonnance de 1828.

« Article 8. Si le déclinatoire est rejeté dans la quinzaine de cet envoi ⁽¹⁾ pour tout délai, le préfet du département, s'il estime qu'il y ait lieu, pourra élever le conflit. Si le déclinatoire est admis, le préfet pourra également élever le conflit dans la quinzaine qui suivra la signification de l'acte d'appel, si la partie interjette appel du jugement.

» Le conflit pourra être élevé dans ledit délai alors

(1) L'envoi au préfet du jugement statuant sur le déclinatoire, envoi que le procureur de la République doit faire conformément à l'article 7.

même que le tribunal aurait, avant l'expiration de ce délai, passé outre au jugement du fond. »

» Art. 9. Dans tous les cas, l'arrêté par lequel le préfet élèvera le conflit et revendiquera la cause, devra viser le jugement intervenu et l'acte d'appel s'il y a lieu; la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux y sera textuellement insérée.

» Art. 10. Lorsque le préfet aura élevé le conflit, il sera tenu de faire déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal.

» Il lui sera donné récépissé de ce dépôt sans délai et sans frais.

» Art. 11. Si dans le délai de quinzaine cet arrêté n'avait pas été déposé au greffe, le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire.

» Art. 12. Si l'arrêté a été déposé au greffe en temps utile, le greffier le remettra immédiatement au procureur du roi, qui le communiquera au tribunal réuni dans la chambre du conseil et requerra que, conformément à l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il soit sursis à toute procédure judiciaire. »

Que le tribunal ait rejeté le déclinaire, ou que l'ayant admis et ayant prononcé le renvoi, une partie ait interjeté appel, dans l'un comme dans l'autre cas, l'ordonnance de 1828 donne au préfet un délai de quinzaine pour élever le conflit. Mais dans chacune de ces deux hypothèses le point de départ de ce délai est différent. Si le déclinaire a été rejeté, il court du jour de l'envoi au préfet de la décision de rejet, envoi imposé au ministère public. Au contraire, si le déclinaire a été admis et appel interjeté le point de départ du délai est le jour de la signification de l'acte d'appel.

Sans revenir sur l'article 7, dont nous nous sommes déjà occupés, remarquons que l'envoi au préfet doit être fait directement, sans intermédiaire, et que c'est cet envoi et non l'arrivée des pièces à la préfecture qui fixe le point de départ du délai.

C'est dans la quinzaine à dater de l'envoi du jugement que le préfet peut élever le conflit et non dans les vingt jours qui suivent cette décision. Si le magistrat ne transmet pas le jugement rendu sur la compétence, dans les cinq jours, comme le lui prescrit l'article 7, on ne saurait opposer à l'administration l'inobservation de cette prescription et la validité d'un arrêté de conflit pris et déposé au greffe plus de vingt jours après le jugement, mais dans la quinzaine de l'envoi au préfet, serait hors de doute (décision du Trib. des conflits, 3 juillet 1850, ville de Vitré).

L'envoi du jugement par le ministère public peut seul faire courir ce délai : une partie en cause ne saurait prétendre atteindre ce résultat, par la signification qu'elle ferait au préfet de la décision rejetant son déclinatoire. D'autre part, si le préfet est certain que la décision du tribunal sur la compétence est intervenue, comme la seule condition requise pour lui permettre de prendre un arrêté de conflit est que le tribunal saisi se soit prononcé sur sa compétence, il ne sera aucunement tenu d'attendre que le ministère public lui ait transmis copie du jugement. Dès qu'il en connaît la teneur, il peut prendre son arrêté.

Aucune difficulté ne s'élève lorsque le déclinatoire, régulièrement transmis au tribunal a été formellement repoussé par le dispositif du jugement. Mais plusieurs hypothèses différentes peuvent se présenter. Il peut arriver que le tribunal ait statué sur la compétence sans

viser la demande de renvoi, ou encore que le ministère public, ayant omis de transmettre le déclinatoire, le tribunal ait procédé immédiatement au jugement, ou enfin, que le tribunal ait repoussé le déclinatoire comme irrégulier ou tardif.

Un seul et même principe a dicté la solution que la jurisprudence a donné à ces diverses hypothèses : l'autorité judiciaire a été mise en état et en demeure de statuer sur sa compétence, le vœu de l'ordonnance de 1828 est accompli; l'administration peut user de son droit (décision du 3 avril 1851 et décret du 25 mars 1852).

Si les juges ont ignoré la demande de l'administration par la faute ou la négligence du ministère public et dans leur ignorance ont statué sur le fond, il est juste que l'administration n'ait pas à souffrir d'une faute qui ne lui est pas imputable et que ses droits restent intacts. Mais si le préfet était averti que le procureur de la République se croit autorisé, au mépris de l'obligation que lui en fait l'article 6 de l'ordonnance, à ne pas soumettre son déclinatoire aux juges, il devrait, avant d'élever le conflit, en aviser le garde-des-sceaux qui assurerait par les mesures nécessaires, le respect dû à la loi.

Le déclinatoire n'obligeant pas le tribunal, comme le fait l'arrêté de conflit, à surseoir à toute procédure, il peut prendre les mesures d'instructions qu'il juge nécessaires et dans ce but, rendre des jugements préparatoires et interlocutoires. Si ces jugements prononçaient sur la compétence, assurément le conflit pourrait être élevé, mais l'arrêté préfectoral serait prématuré s'ils se taisaient sur cette question.

Il en est de même dans le cas où le tribunal ordonne soit une expertise dans une question possessoire, parce

que la possession ou le trouble est dénié, soit une visite des lieux, dans une demande en réparation de dommages causés par l'exécution de travaux publics, pour se rendre compte si les dommages sont temporaires ou permanents, dans ces diverses espèces le conflit ne pourrait être élevé (ordon. du 19 décembre 1821 et du 11 juillet 1845; décret du 5 janvier 1860).

Le préfet ne pourrait pas davantage prendre un arrêté de conflit à la suite d'une décision par laquelle, le tribunal ajournant son jugement sur le déclinatoire, aurait prononcé seulement sur une question de qualités, ordonnant, par exemple, la mise en cause du préfet à l'effet de soutenir les droits du fisc engagés dans l'instance, sous la réserve de tous droits, actions et exceptions des parties, même de celles de compétence (ordonnance du 8 novembre 1829).

Il en serait encore de même dans le cas où le tribunal aurait renvoyé une commune, une fabrique ou un hospice à se pourvoir auprès du Conseil de préfecture d'une autorisation d'ester en justice, au moins sur la question de compétence (ordonnance du 4 juillet 1837), ou dans le cas où les parties seraient renvoyées devant les tribunaux administratifs pour obtenir la solution d'une question préjudicielle du ressort de l'administration (ordonnance du 27 février 1836).

L'arrêté de conflit ne devrait pas encore être élevé si les juges ont seulement décidé qu'il n'y a pas, pour eux, lieu à statuer sur la contestation portée devant eux, par exemple, lorsqu'une Cour d'appel, laissant de côté le déclinatoire déclare l'appel non recevable (ordonnance du 31 décembre 1844).

A bien plus forte raison ne pourrait-il y avoir lieu à

aucun conflit, si le tribunal n'avait point rendu de jugement (ordonnance du 3 décembre 1831).

Le deuxième paragraphe de l'article 8 prévoit une seconde hypothèse, qui nous a déjà occupés : le tribunal, faisant droit aux revendications administratives, s'est déclaré incompétent et l'une des parties en cause a interjeté appel du jugement. Le préfet peut alors élever le conflit dans la quinzaine qui suit la signification de l'acte d'appel. Nous avons dit, que dans ce cas spécial, depuis 1840, la jurisprudence permet au préfet d'élever le conflit sans l'obliger à présenter préalablement un nouveau déclinatoire. Il y a là pour lui une faculté et non une obligation; il pourrait, à son gré, tenter d'obtenir le renvoi du tribunal d'appel en le saisissant à son tour par un nouveau déclinatoire de la question de compétence déjà tranchée par le tribunal de première instance.

On peut se demander comment le préfet connaîtra la date de la signification de l'acte d'appel? date qui fait courir le délai utile pour prendre l'arrêté de conflit. Aucune difficulté, si le préfet était partie en cause, car alors l'appel a dû lui être signifié. Mais la question devient plus douteuse si, étranger au procès de première instance, il n'y a figuré que pour demander le renvoi, comme représentant de la puissance publique. Suivant certains auteurs, le délai de quinzaine courrait alors du jour où l'appelant a signifié son appel à l'intimé; suivant d'autres, son point de départ serait une notification spéciale qui devrait être faite au préfet : le Conseil d'État a adopté ce dernier sens (ordonnance du 30 août 1847). Rien dans l'ordonnance ne nous paraît justifier cette solution qui aggrave pour les parties les frais de la procédure. Au reste, l'intimé donnera presque toujours connaissance

au préfet de l'appel qui lui est signifié, et celui-ci, s'il apprend d'un autre côté, que par la notification de l'une des parties, que l'appel a été formé, pourrait prendre valablement un arrêté de conflit.

M. Boulatignier ⁽¹⁾ fait remarquer avec raison que cette question n'a pas tout l'intérêt qu'elle paraît avoir, car, si le préfet a laissé écouler le délai sans agir, il pourra toujours intervenir avant toute décision définitive, à la seule condition de renouveler son déclinatorie devant le tribunal d'appel.

Dans le délai de quinzaine que l'article 8 de l'ordonnance de 1828 impartit pour élever le conflit, le préfet a une seconde obligation à remplir sous peine de déchéance ; c'est le dépôt au greffe de son arrêté de conflit. Cette obligation résulte de l'article 10, ainsi conçu : « Lorsque le préfet aura élevé le conflit, il sera tenu de faire déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal ; » et de l'article 11 : « Si dans le délai de quinzaine cet arrêté n'avait pas été déposé au greffe, le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire. »

Quelques auteurs ont soutenu que le délai dont parle l'article 11 était un délai nouveau qui devait s'ajouter à celui de l'article 8, et non se confondre avec lui : suivant cette doctrine, le préfet aurait un premier délai de quinze jours pour prendre son arrêté, et un second de même durée pour en faire le dépôt. On se fondait pour soutenir cette opinion sur ce que, si les délais étaient confondus, l'administration n'aurait pas en réalité, pour prendre parti, la quinzaine dont parle l'article 8.

(1) *Dictionnaire général d'administration* de Blanche, mot *Conflit*, p. 491.

Telle n'était certainement pas la pensée des auteurs de l'ordonnance. M. Taillandier dit formellement : « L'un des principaux remèdes que le Gouvernement a voulu apporter aux abus du conflit, c'est d'empêcher que les longs délais auxquels il avait souvent donné lieu jusqu'ici puissent se renouveler. Or le délai de quinzaine, tant pour élever le conflit que pour en donner communication, a dû paraître suffisant. » Il ajoute que dans le projet d'ordonnance, remis au garde-des-sceaux, on lisait à l'article 11 : « Si dans *ce* délai de quinzaine. » Si le Gouvernement avait voulu accorder un second délai, il ne se serait pas contenté de faire connaître son intention par une aussi légère modification de texte. D'ailleurs, grammaticalement, l'expression *le délai* se rapporte à un délai dont il a été déjà parlé, le délai de l'article 8. La jurisprudence a confirmé par de nombreuses décisions cette interprétation, et l'on peut s'étonner du nombre considérable de conflits, qui ont été annulés pour dépôt tardif au greffe ⁽¹⁾.

La déchéance du droit de revendication est la sanction de l'inobservation du délai imparti par les articles 8, 10 et 11. « Le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire » (art. 11). Cette formule, exacte lorsque le conflit est élevé à la suite d'une décision rejetant le déclinatoire, ne s'applique pas au cas où l'arrêté de conflit serait pris à la suite de l'appel interjeté par une des parties. Nous avons vu déjà que, dans cette hypothèse, le préfet, bien qu'il n'ait pas agi dans la quinzaine de la signification de l'acte d'appel, pourrait exercer la

(1) Ordonnances des 23 juillet 1844 et 25 avril 1845; décrets des 25 novembre 1832, 1^{er} décembre 1853 et 13 décembre 1861.

revendication devant la Cour à condition de renouveler son déclinatoire. La seule déchéance que subisse l'administration dans ce cas est la perte du droit d'élever directement le conflit, *sans la formalité du déclinatoire* : le droit en lui-même n'est pas atteint.

Le droit d'élever le conflit perdu par la négligence du préfet qui a omis de déposer son arrêté en temps utile, renaîtrait devant la Cour d'appel si le jugement en premier ressort était attaqué.

Comment doit-on calculer le délai que l'ordonnance accorde au préfet pour prendre son arrêté et le déposer au greffe ? L'article 8 porte : « Si le déclinatoire est rejeté, dans la *quinzaine* de cet envoi..... le préfet pourra élever le conflit. Si le déclinatoire est admis, le préfet pourra également élever le conflit dans la *quinzaine* qui suivra la notification de l'acte d'appel... »

Le préfet a donc, non pas quinze jours francs, mais un délai de quinzaine. Le jour de l'envoi ne compte pas dans ce délai ⁽¹⁾, tandis que le dernier jour de la quinzaine doit y être compris ⁽²⁾. Par conséquent l'arrêté doit être déposé au plus tard le quinzième jour après celui de l'envoi ou de la signification. Un arrêté déposé au greffe, alors que, entre la date de l'envoi du jugement au préfet ou de la signification de l'acte d'appel et l'acte de dépôt quinze jours se seraient écoulés, non compris celui de l'envoi ou de la signification et celui du dépôt, serait annulé comme tardivement déposé. Les jours fériés doivent être comptés dans le calcul du délai de quinzaine, en sorte que si le quinzième jour était soit un dimanche, soit un jour de

(1) Ordonnances des 23 juillet 1841 et 7 août 1843 ; décret du 16 février 1860.

(2) Ordonnance du 31 décembre 1843.

fête, le dépôt devrait être effectué le quatorzième jour au plus tard (décret du 12 janvier 1857).

L'arrêté de conflit, pas plus que le déclinaire n'est assujéti à aucune forme sacramentelle. Assurément il est préférable qu'il soit rédigé dans la forme d'un arrêté motivé : c'est au reste celle que prévoit l'article 9 de l'ordonnance : « dans tous les cas l'*arrêté* par lequel, etc..... »

Deux conditions sont strictement imposées au préfet par cet article ; son arrêté doit 1° viser les jugements intervenus et l'acte d'appel s'il y a lieu, et 2° la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux doit y être textuellement insérée.

Il suffit pour que la première de ces conditions soit remplie, que l'arrêté vise les jugements et l'acte d'appel avec une clarté suffisante pour qu'aucun doute ne soit possible. De nombreuses décisions ont déclaré réguliers des arrêtés contenant une inexactitude, soit sur le tribunal auquel il était adressé, soit sur le nom des parties, soit même quelquefois sur l'objet de la revendication, alors d'ailleurs, qu'aucune méprise n'était possible pour les juges.

La partie la plus importante de cet article, dit M. Tailandier (1), est celle qui oblige le préfet à insérer textuellement dans son arrêté de conflit, la disposition législative qui attribue, suivant lui, à l'administration la connaissance du point litigieux. La commission n'a pas voulu, en effet, que le préfet pût se fonder vaguement sur les lois des 16-24 août 1790, sur celle du 21 fructidor an III, ou sur l'arrêté du 13 brumaire an X, pour motiver un arrêté de conflit. Il faudra donc que le préfet rapporte nettement

(1) *Commentaire sur l'ordonnance du 1^{er} juin 1828*, p. 167.

la loi qui aura attribué la matière dont il s'agit à l'administration.

Suivant M. Boulatignier, la stricte application de cette disposition est pratiquement impossible : « Il y a, dit-il, un assez grand nombre de cas dans lesquels la revendication administrative la plus légitime ne s'appuie que sur le principe général de l'indépendance de l'autorité administrative vis-à-vis de l'autorité judiciaire; c'est ce qui arrive notamment, lorsque la revendication se fonde sur ce que la contestation portée devant les tribunaux se trouve déjà vidée par des décisions administratives antérieurement rendues, ou bien encore sur ce qu'il s'agit de faire déterminer le sens et les effets d'actes administratifs (1). »

Il est probable que les auteurs de l'ordonnance de 1828, en posant cette règle absolue, ont cédé à l'influence d'une fausse doctrine, alors très répandue, et dont on trouve actuellement encore quelques traces. Ils ont considéré la juridiction administrative comme une juridiction exceptionnelle, constituée aux dépens de celle des tribunaux civils et investie d'attributions qui, à défaut de lois spéciales et expresses, appartiendraient à ces tribunaux (2). Sans doute, quelques lois spéciales ont appelé la justice administrative à connaître, dans des circonstances déterminées de question, qui, par leur nature, seraient dévolues à la justice civile (vente de biens nationaux, contraventions de grandes voiries, etc.), mais le fond même de la compétence administrative est à coup sûr tout différent, et nous avons vu, dans les notions

(1) *Op. cit.*, p. 561.

(2) M. Reverchon, mot *Conflit*, p. 558.

historiques, que bien avant la création de nos tribunaux administratifs les matières contentieuses, qui de nos jours forment leur compétence, n'étaient pas déferées aux tribunaux civils.

Le Conseil d'État a décidé, dans deux ordonnances du 14 octobre 1836 et du 25 février 1841, que le vœu de l'article 9 était satisfait par l'insertion textuelle de l'article 13, titre II de la loi des 16-24 août 1790 et de la loi du 16 fructidor an III.

D'ailleurs, l'application trop rigoureuse de la disposition de l'article 9 conduirait souvent à des résultats absurdes : on serait amené à annuler des arrêtés de conflits qui énonceraient une disposition législative étrangère à la matière, alors que la revendication serait légitimement fondée. Si, par exemple, un préfet, dans une affaire de travaux publics, omettait de transcrire l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et fondait sa revendication sur un texte différent, elle devrait être écartée. Remarquons encore, avec M. Reverchon, que l'ordonnance de 1828 n'impose pas et ne pouvait pas imposer au préfet l'obligation de transcrire le texte qui établit effectivement la compétence administrative, elle lui prescrit seulement de transcrire le texte sur lequel, à son avis, repose cette compétence. S'il a satisfait à cette prescription, le conflit est régulier en la forme, quand bien même la citation qu'il a faite serait erronée : l'article 9 lui trace une règle destinée à assurer la maturité de son examen, il n'en fait pas une condition de la validité extrinsèque du conflit.

De nombreux arrêts de jurisprudence décident que la simple indication des textes législatifs suffit pour satisfaire aux dispositions de l'article 9. Ces décisions prêtent

à la critique, suivant nous, car l'article 9 exige une transcription complète et non un simple visa, et l'on devait se borner à dire que cette inobservation n'était pas de nature à entraîner l'annulation du conflit.

En principe, le préfet doit prendre autant d'arrêtés qu'il y a d'instances à revendiquer. Néanmoins, le Conseil d'État a validé des arrêtés ⁽¹⁾ comprenant plusieurs affaires, lorsque toutes avaient un même et unique objet. Mais en écartant le moyen de nullité proposé, le Conseil a nettement indiqué qu'un procédé différent eût été préférable.

Le préfet n'ayant pas qualité pour donner des ordres à l'autorité judiciaire, doit s'abstenir d'insérer dans son arrêté de conflit des dispositions impératives : il ne peut donc inviter un tribunal à surseoir à toute procédure, ordonner l'exécution provisoire du jugement déjà rendu, etc. L'annulation de tels arrêtés pour excès de pouvoirs serait certainement prononcée.

On s'est demandé si le préfet pouvait dans son arrêté de conflit étendre sa revendication au delà des termes de son déclinatoire. La question a été affirmativement résolue par le Conseil d'État, mais elle n'offre que peu d'intérêt; en effet, le Tribunal des conflits, régulateur souverain, saisi par l'arrêté de conflit de la question de compétence, n'est pas lié par la revendication du préfet, dont il peut à son gré étendre ou restreindre les termes.

L'article 10 de l'ordonnance dit expressément que le dépôt de l'arrêté de conflit doit être fait au greffe, qu'on en délivrera un récépissé sans délai et sans frais. La

(1) Ordonnance du 30 août 1845, décisions du 3 janvier 1851 et du 17 janvier 1874.

nullité, attachée comme sanction ou non accomplissement de cette formalité lui donne une importance exceptionnelle.

Malgré la précision des termes de cet article, le Conseil d'État a admis la validité d'un arrêté envoyé directement au parquet, dans le délai de rigueur (décret du 12 février 1870). On peut justifier cette interprétation, en disant que le procureur de la République étant chargé de porter l'arrêté à la connaissance du tribunal, le greffier, simple intermédiaire entre l'administration et le chef du parquet, peut être supprimé sans inconvénient. L'intention des auteurs de l'ordonnance, que la revendication soit le plus tôt possible communiquée aux magistrats recevra ainsi pleine satisfaction.

Cependant la stricte observation de la lettre de l'ordonnance a paru, à bon droit, préférable au ministre de l'Intérieur, qui a engagé les préfets à s'y conformer. En effet, le greffier devant délivrer récépissé du dépôt, l'administration a dans cette pièce un moyen facile et sûr de faire la preuve du jour où il a été effectué.

Au greffe de quelle juridiction doit être fait ce dépôt? Aucune difficulté si le conflit est élevé devant le tribunal qui a repoussé le déclinatoire. Mais la question est plus délicate si la revendication se produit sur l'acte d'appel et la jurisprudence a varié sur ce point. En 1834, le Conseil d'État avait décidé que c'était encore au greffe du tribunal qui s'était prononcé sur le déclinatoire, que le dépôt devait être fait. Ce système avait le mérite de se mieux concilier avec l'obligation imposée aux magistrats du parquet, par les articles 13 et 14 de l'ordonnance, de prévenir les avoués des parties et de transmettre au juge des conflits des observations sur la prétention de l'admi-

nistration ; or, il est probable que les parties n'ont point encore constitué avoués devant la Cour au moment du dépôt, et il est à peu près impossible qu'à ce même moment le procureur général soit renseigné sur l'affaire.

Une ordonnance du 23 avril 1840, fut le point de départ d'un revirement complet dans la jurisprudence. Elle posait en principe, que le tribunal d'arrondissement étant dessaisi, c'était au greffe de la Cour que devait être effectué le dépôt. Ce système, qui a pour lui la logique, nous semble préférable. Le tribunal ayant fait droit à la demande de renvoi n'a aucun intérêt à connaître l'arrêt de conflit, tandis qu'il est fort intéressant pour les juges que l'appel vient de saisir, de savoir que l'administration revendique la connaissance de cette cause. En effet, l'ordonnance impose aux juges saisis de surseoir à toute procédure. Les articles 13 et 14 recevront encore leur application à laquelle veillera le procureur général. Il lui sera facile de transmettre au Tribunal des conflits son avis éclairé sur la revendication, en demandant un rapport au procureur de la République qui est au courant de l'affaire.

De nombreuses décisions ont depuis 1840 consacré ce système ⁽¹⁾.

Là s'arrête l'exception au principe que le dépôt doit être opéré au greffe de la juridiction qui a statué sur le déclinatoire. Aussi, le Conseil d'État a-t-il jugé que la Cour ayant rejeté la demande de renvoi dont elle était saisie, et renvoyé les parties devant un Tribunal de première instance, pour voir juger le fond, c'est au greffe de la Cour et non à celui du nouveau tribunal saisi que doit être fait le dépôt (décret du 25 avril 1859).

(1) Ordonnance du 22 avril 1842, et décision du 17 janvier 1875.

A l'arrêté dont il opère le dépôt, le préfet doit, pour se conformer au texte de l'article 10, joindre les pièces qui y sont visées, mais il n'est pas tenu de faire davantage, et on ne saurait exiger de lui que les pièces mentionnées dans celles que vise l'arrêté soient également déposées.

Le Conseil d'État a décidé que l'article 11, qui établit le délai de rigueur, n'ayant exigé que le dépôt de l'arrêté, n'est pas applicable aux pièces visées et que dès lors, elles pourront utilement être produites jusqu'à la décision du tribunal des conflits ⁽¹⁾.

Ce système me paraît en opposition formelle avec les dispositions de l'ordonnance. Pour le soutenir, on détache l'article 11 de l'article 10 de l'ordonnance, et on en fait deux dispositions distinctes. Mais il existe entre ces deux articles une corrélation indéniable, l'article 11 établissant une sanction pour le dépôt exigé par l'article 10, dépôt qui selon cet article comprend avec l'arrêté les pièces qui y sont visées. De plus, le système adopté par la jurisprudence rend inapplicable la disposition de l'article 13, qui prescrit que « l'arrêté et les pièces seront rétablies au greffe, où ils resteront déposés pendant quinze jours » après avoir été communiqués au tribunal par le chef du parquet. Par cette disposition, les auteurs de l'ordonnance ont voulu permettre aux parties intéressées de prendre connaissance des pièces sans déplacement; que devient cette prescription si, comme le dit le Conseil d'État, elles peuvent utilement être produites jusqu'à la veille de la décision?

L'article 12, § 2, dispose qu'il doit être délivré au préfet, lors du dépôt de son arrêté, un récépissé sans délai

(1) Ordonnance du 7 août 1843.

et sans frais. Nous avons déjà signalé l'utilité de cette mesure, qui mettra entre les mains de l'administration, en cas de contestation, devant le Tribunal des conflits la preuve que son arrêté a été déposé en temps utile.

Une circulaire du garde-des-sceaux, en date du 5 juillet 1828, fait remarquer que le récépissé étant sans frais, doit être dressé sur papier libre. Si un greffier avait dressé un acte de dépôt, les frais en resteraient à sa charge. La même circulaire exprime le désir que le récépissé soit visé par le chef du parquet : c'est là assurément une recommandation excellente, mais ce visa n'ayant pas été exigé par l'ordonnance, le récépissé sur lequel il n'aurait pas été apposé, aurait toute sa valeur au point de vue de la preuve du dépôt.

Le garde-des-sceaux prescrit encore dans cette même instruction d'autres formalités. Mention doit être faite sur le registre spécial tenu au parquet du dépôt de l'arrêté de conflit et du récépissé. Remarquons encore que cette énonciation n'est pas prescrite par l'ordonnance, comme l'est celle de la date de l'envoi du jugement rendu sur le déclinaire (art. 7). Si la date portée sur le registre différait de celle mentionnée sur le récépissé c'est celle-ci qui ferait foi, la preuve contraire demeurant admise à l'encontre de la première.

Une circulaire plus récente du ministre de l'Intérieur (1873), prévoyant le cas où le récépissé ne pourrait être délivré au moment même du dépôt, mérite d'être citée. « Il peut se faire que le jour où l'arrêté de conflit parvient au greffe, soit un jour férié ou que le greffe soit fermé à l'heure de l'arrivée du courrier et de la distribution des dépêches. Si le délai pour le dépôt est près d'expirer il est très important de constater la date à la-

quelle la dépêche, qui contient l'arrêté de conflit, a été présentée au greffe. Le greffier doit avoir soin dans ce cas de conserver l'enveloppe de cette dépêche et de la joindre à l'arrêté de conflit (*Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur*, 1873, p. 499).

» Si l'arrêté a été déposé au greffe en temps utile, le greffier le remettra au procureur du roi, qui le communiquera au tribunal réuni dans la chambre du conseil et requerra, que conformément à l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il soit sursis à toute procédure judiciaire » (art. 12).

Aussitôt que le greffier a entre les mains l'arrêté de conflit, il doit le remettre au chef du parquet, pour que celui-ci le porte au plus tôt à la connaissance des juges.

M. Duvergier fait remarquer avec juste raison, que la rédaction de l'article 12 a certainement trahi la pensée des auteurs de l'ordonnance. Il semble, en effet, conférer au greffier le droit de décider si l'arrêté a été déposé en temps utile. Il est hors de doute qu'un tel pouvoir ne saurait, en aucun cas, appartenir à ce fonctionnaire ; la question de savoir si le délai prescrit a été observé est des plus délicates, le ministère public ne peut s'en constituer juge, à plus forte raison la solution n'appartient-elle pas au greffier.

Aucun délai n'est accordé au greffier pour transmettre l'arrêté de conflit au chef du parquet, ni à celui-ci pour le faire connaître au tribunal : cette communication doit avoir lieu immédiatement. Elle doit être faite en chambre du conseil. « C'est un motif de convenances et d'égards pour la magistrature, dit M. Taillandier ⁽¹⁾, qui a porté la

(1) *Commentaire sur l'ord. de 1828*, p. 171.

commission de 1828 à adopter cette disposition. En effet, on fit observer qu'il était dérisoire que ce fût en audience publique et au moment où les juges sont saisis d'une affaire que l'on vînt ainsi leur en arracher la connaissance. Il a donc paru plus convenable d'obliger le ministère public à communiquer l'arrêté de conflit au tribunal réuni en chambre du conseil. »

Le tribunal n'ayant aucun jugement à rendre, le défaut de publicité n'offre aucun inconvénient.

Le procureur de la République, en communiquant aux magistrats l'arrêté de conflit, doit, dit l'article 12, requérir que conformément à l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il soit sursis à toute procédure. Cet article 27 porte : « En cas de conflit d'attributions entre les autorités administrative et judiciaire, il sera sursis jusqu'à la décision du ministre, confirmée par le Directoire exécutif qui en référera, s'il est besoin, au Corps législatif. »

L'article 3 de l'arrêté de brumaire an X rappela la même disposition. Il exigeait que la notification de conflit fût faite au tribunal « avec déclaration qu'aux termes de l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il doit être sursis à toute procédure judiciaire jusqu'à ce que le Conseil d'État ait prononcé sur le conflit. »

Lors de l'ordonnance de 1828, la décision du Directoire, prise sur l'avis du ministre était remplacée par une ordonnance royale rendue sur l'avis du Conseil d'État. Elle l'est actuellement par une décision du Tribunal des conflits. Si l'autorité chargée de statuer sur les luttes de compétence, a varié, le principe est toujours le même. Dès que le conflit est élevé, le tribunal est lié, il doit donner acte de la communication qui lui est faite et prononcer le sursis. Non-seulement il ne peut plus statuer

sur le fond, mais il ne peut même pas prescrire des mesures de nature à modifier la situation respective des parties. D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le tribunal ordonne les mesures conservatoires qui lui paraîtraient utiles, à la condition que ces mesures ne préjugent pas la solution du fond?

L'arrêté de conflit dessaisit à ce point les juges qu'ils ne seraient plus fondés à prendre une décision par laquelle ils se déclareraient incompétents. Cette hypothèse pourrait se présenter spécialement dans le cas où l'arrêté de conflit est pris sur l'appel notifié à la Cour par une des parties. La Cour peut avoir le désir d'établir qu'elle ne s'oppose pas aux revendications administratives, mais le texte de la loi du 21 fructidor an III, me semble interdire formellement une telle décision.

Le dépôt de l'arrêté de conflit ayant été régulièrement opéré, si le greffier ne l'avait pas transmis au parquet, ou si le procureur de la République ne l'avait pas transmis aux juges, qu'advierait-il du jugement rendu par le tribunal? Il est hors de doute que cette décision serait illégale. En effet, ce n'est pas la notification de l'arrêté de conflit, mais son existence même qui oblige les juges à surseoir. Le dépôt de cet acte dessaisit le tribunal qui, dès lors, ne peut plus valablement statuer (ordonnance du 29 avril 1843).

L'article 128 du Code pénal prononce une sanction contre les juges qui ont passé outre à l'obligation de surseoir : « Les juges qui sur la revendication formellement faite par l'autorité administrative, d'une affaire portée devant eux, auront néanmoins procédé au jugement avant la décision de l'autorité supérieure, seront punis chacun d'une amende de seize francs au moins et de cent cin-

quante francs au plus. — Les officiers du ministère public qui auront fait des réquisitions ou donné des conclusions pour ledit jugement seront punis de la même peine. »

Il est sans exemple que cette disposition pénale ait été appliquée. Les luttes ardentes des parlements et des autorités administratives ne se sont pas renouvelées entre les deux pouvoirs judiciaire et administratif, grâce à la sagesse, à la science et à l'impartiale équité de notre magistrature. Il a pu arriver quelques cas où les tribunaux ne se sont pas conformés à la prescription qui leur est faite de surseoir, mais toujours leur décision était justifiée par une erreur de fait ou par une inexacte interprétation de la loi.

Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont eu recours à une autre sanction qui n'est écrite dans aucun texte législatif : ils ont prononcé la nullité des décisions prises après le dépôt de l'arrêté de conflit. Cette nullité, disent-ils, est la conséquence naturelle de l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III.

La question de savoir si un tribunal devant lequel est pris un arrêté de conflit peut apprécier la validité de cet acte et passer outre s'il est irrégulier a soulevé une vive controverse.

Des auteurs éminents et notamment MM. Duvergier, Laferrière et Foucart ont soutenu l'affirmative⁽¹⁾. Il serait inadmissible, suivant leur doctrine, que des revendications exercées en dehors des cas et formes prévus par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, puissent entraver le cours de la justice, quand cette ordonnance a spécialement voulu

(1) Duvergier, *Notes sur l'ordonnance de 1828*; Laferrière, tome II, liv. II, 3^e partie; t. III, p. 735; Foucart, t. III, n^o 1123.

protéger le pouvoir judiciaire contre l'usage abusif des conflits. Les partisans de cette opinion ont nettement formulé le droit de contrôle qu'ils accordent à l'autorité judiciaire et ont précisé les cas dans lesquels le tribunal pourrait passer outre à l'arrêté du préfet. Il le pourrait, pensent-ils, si le conflit était élevé 1° en matière criminelle; 2° en matière correctionnelle hors les cas prévus par l'article 2; 3° pour faute d'autorisation ou pour faute d'accomplissement des formalités à remplir préalablement devant l'administration; 4° contre les jugements définitifs; 5° après l'expiration du délai de quinzaine; 6° sans viser le jugement intervenu sur la compétence ou l'acte d'appel ou sans citer textuellement la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux.

Parmi les partisans de ce système, plusieurs se bornent à le soutenir seulement pour les cas où le conflit n'a pas été élevé dans les formes ou de la manière déterminée par l'ordonnance. Ils ne reconnaissent pas au tribunal qualité pour juger si l'arrêté a été pris dans une matière où il ne pouvait l'être valablement. Cette distinction est inadmissible. Les dispositions des articles 2 et 3 ont tout aussi bien pour but que celles des articles 8 et 9 de protéger l'autorité judiciaire et il n'y a aucune raison pour permettre à un tribunal de passer outre à un arrêté qui lui semble irrégulièrement pris alors qu'on ne l'autorise pas à surseoir lorsque la revendication est exercée en matière criminelle ou après une décision passée en force de chose jugée.

Ce système qui prétend assurer à l'autorité judiciaire l'exercice paisible et régulier de ses attributions, ne tient aucun compte du principe de la séparation des pouvoirs.

L'arrêté du préfet, qu'il prend comme représentant de l'État, puissance publique, est éminemment un acte administratif; or, les actes de cette nature échappent à la connaissance de l'autorité judiciaire qui n'en pourrait connaître, sans excéder ses pouvoirs. D'ailleurs, les textes sont précis, la loi du 21 fructidor an III, l'arrêté du 13 brumaire an X, l'article 12 de l'ordonnance de 1828, et l'article 128 du Code pénal, ordonnent d'une manière absolue, sans distinction aucune de surseoir à toute procédure. Sans doute l'ordonnance de 1828 a voulu écarter les prétentions exagérées de l'administration, mettre fin à l'abus des conflits et dans ce but, elle prononce la nullité des arrêts pris contrairement aux dispositions qu'elle formule et en dehors des formes et des délais qu'elle établit; mais elle réserve au juge souverain des compétences, de statuer sur les prétentions des deux autorités. La jurisprudence est entièrement fixée en ce sens et souvent, tout en annulant un arrêté de conflit, elle a déclaré nul un jugement rendu par le tribunal qui n'avait pas cru devoir surseoir.

Le conflit une fois constitué cesse d'appartenir au préfet, il tombe et demeure dans la compétence exclusive du juge souverain des conflits. Dès lors seraient nulles, non-seulement les décisions sur le fond rendues par une juridiction administrative, mais encore toutes celles qui auraient pour effet de modifier la situation respective des parties (ordonnance du 19 janvier 1825). Le préfet, par le même motif, ne pourrait valablement ni restreindre ni éteindre le conflit par un second arrêté. Il ne pourrait pas davantage rapporter son arrêté, même dans le cas où il reconnaîtrait le mal fondé de sa revendication. On pourrait craindre, si ce pouvoir leur était laissé, que les

préfets ne cherchassent dans le conflit un moyen dilatoire.

Quelques préfets, devant le refus d'un tribunal de surseoir, ont cru nécessaire de prendre un second arrêté de conflit pour confirmer le premier. L'autorité souveraine en cette matière, pouvant déclarer la nullité d'un jugement ainsi rendu en violation de la loi du 24 fructidor an III, a toujours proclamé l'inutilité de ce second arrêté préfectoral, et comme tel l'a déclaré non-avenu (ordonnances des 25 avril 1828 et 15 décembre 1842).

§ V. *Autorité compétente pour statuer sur le conflit.*

Procédure à suivre devant cette autorité.

Le conflit, étant constitué et ayant été notifié au pouvoir judiciaire, est transmis à l'autorité qui prononce souverainement entre l'administration et les tribunaux ordinaires. Nous allons successivement examiner quelle procédure on doit suivre pour saisir cette autorité du conflit, quelle est cette autorité, et enfin le mode de procéder devant elle pour arriver au règlement du conflit.

L'ordonnance du 1^{er} juin 1828 détermine, dans ses articles 13 et 14, la procédure à suivre pour soumettre l'arrêté de conflit à l'autorité chargée de statuer. — « Art. 13. Après la communication ci-dessus (1), l'arrêté du préfet et les pièces seront rétablis au greffe où ils resteront déposés pendant quinze jours. Le procureur

(1) Communication de l'arrêté de conflit que le procureur de la République doit faire au tribunal en chambre du conseil.

du roi en préviendra de suite les parties ou leurs avoués, lesquels pourront en prendre communication sans déplacement et remettre, dans le même délai de quinzaine, au parquet du procureur du roi, leurs observations sur la question de compétence, avec tous les documents à l'appui. »

« Art. 14. Le procureur du roi informera immédiatement notre garde-des-sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la Justice, de l'accomplissement des dites formalités et lui transmettra, en même temps, l'arrêté du préfet, ses propres observations et celles des parties, s'il y a lieu, avec toutes les pièces jointes. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné. Dans les vingt-quatre heures de la réception de ces pièces, le ministre de la Justice les transmettra au secrétariat du Conseil d'État et il en donnera avis au magistrat qui les lui aura transmises. »

Après la communication de l'arrêté au tribunal, cet arrêté et les pièces qu'il vise doivent être rétablis au greffe et y rester déposés pendant 15 jours. Prévenues par le procureur de la République, ce dépôt, les parties ou leurs avoués peuvent en prendre connaissance sans déplacement.

Il est facile de concevoir l'intérêt véritable des parties à la solution de la question de compétence et il était juste et utile de leur permettre de produire des observations pour ou contre la revendication administrative. Mais d'un autre côté, l'intérêt public qui est particulièrement intéressé à cette lutte de compétence, relègue dans l'ombre les intérêts privés si recommandables qu'ils soient; le conflit est un acte de haute administration et les parties ne peuvent avoir qualité pour intervenir directement au débat.

Nous avons dit, en faisant l'historique de la législation des conflits, que ce principe, d'abord méconnu, avait été affirmé par le Conseil d'État dans un avis du 6 février 1821, et j'ai raconté dans quelle circonstance cette décision importante était intervenue.

Peu après, le 12 décembre 1821, une ordonnance fut rendue qui déterminait les droits des parties. Le procureur du roi (dans les trois jours de la réception de l'arrêté de conflit), devait informer par lettre les avoués des parties ou les parties elles-mêmes, si elles n'avaient pas constitué avoué, de l'existence du conflit (art. 2). Il les informait qu'elles pouvaient prendre communication de cet arrêté à la préfecture et s'en faire délivrer une expédition sans frais. La remise de sa lettre devait être constatée par un certificat de réception des avoués, des parties, ou du maire de leur domicile. Lorsqu'elles croyaient devoir présenter des observations, les parties devaient les adresser avec les pièces à l'appui au secrétariat du Conseil d'État (art. 4).

Plusieurs modifications, facilement justifiables, ont été apportées aux dispositions de l'ordonnance de 1821 par l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. Ce n'est plus dans les trois jours de la réception de l'arrêté, mais, immédiatement après le rétablissement de cet acte au greffe, que les parties doivent être prévenues. On a jugé plus convenable que le tribunal reçût le premier connaissance de l'existence du conflit. En second lieu, les parties ou leurs avoués peuvent prendre communication de l'arrêté de conflit au greffe et non plus à la préfecture, et le droit d'exiger une expédition sans frais leur est retiré. Il est naturel que l'arrêté reste sous la main du chef du parquet chargé d'en effectuer l'envoi.

D'autre part, l'intérêt des parties est suffisamment respecté par la communication de l'arrêté et en les mettant à même d'étudier les raisons invoquées en faveur de la compétence administrative pour les compléter ou les refuser. Il n'y avait pas lieu de sortir de la règle générale et d'imposer au greffier la charge de délivrer gratuitement copie de l'arrêté.

Enfin c'est au parquet et non plus au secrétariat du Conseil d'État que les parties doivent remettre leurs observations. Cette modification est excellente. L'officier du ministère public est chargé de composer le dossier et de le transmettre au garde-des-sceaux, en joignant son rapport à son envoi. Il est donc préférable qu'il ait ces documents entre les mains, pour lui fournir les éléments nécessaires à sa rédaction.

Les règles de procédure qu'indiquait l'article 2 de l'ordonnance du 12 décembre 1821, en ce qui concerne l'avis à donner aux parties, n'ont pas été reproduites par l'article 13, mais, dans la pratique, il est utile qu'elles soient observées. Dans sa circulaire du 5 juillet 1828, le garde-des-sceaux cite, parmi les documents qui doivent figurer au dossier, l'avis donné par le chef du parquet, aux parties ou à leurs avoués, du rétablissement des pièces avec invitation d'en prendre communication et en tout cas de lui en accuser réception. Cet avis est donné par simple lettre dont la remise est constatée par un certificat de réception du destinataire ou du maire de son domicile.

Les observations que les intéressés sont invités à remettre au parquet peuvent être signées soit par leur avoué, si la partie a constitué avoué, soit par la partie elle-même. Dans ce dernier cas, l'article 4 de l'ordonnance de 1821 exigeait expressément la légalisation de la

signature; il serait bon, croyons-nous, de l'exiger encore. Ces observations sont rédigées sous forme de mémoire et remises directement au parquet. Il serait contraire aux intentions de la loi et au rôle des parties, de les faire signifier par huissier, comme acte extrajudiciaire.

Le délai de quinze jours accordé aux parties pour présenter leurs observations après le rétablissement au greffe de l'arrêté de conflit et des pièces à l'appui, n'est pas un délai de rigueur. Si le chef du parquet les recevait après l'expiration de ce délai, mais avant l'envoi du dossier au garde-des-sceaux, il pourrait les joindre sans aucun inconvénient. L'ordonnance n'a pas voulu que le silence des parties, pendant le délai fixé, retardât l'envoi du dossier, mais elle a certainement entendu leur laisser toute facilité pour émettre leur opinion sur la question de compétence.

Les parties peuvent encore, à notre avis, produire leurs observations, même après que le parquet s'est dessaisi de l'arrêté de conflit: mais elles doivent alors les adresser directement au secrétariat du Tribunal des conflits ou à la chancellerie.

Aussitôt l'expiration du délai de quinzaine, pendant lequel l'arrêté de conflit et les pièces qui l'accompagnent doivent être rétablies au greffe, le procureur de la République doit informer le garde-des-sceaux que toutes les formalités prescrites par les articles 12 et 13 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 ont été remplies. Il lui transmet, en même temps, l'arrêté de conflit avec toutes les pièces de l'affaire, parmi lesquelles figurent les observations des parties et de leurs avoués. Il joint à cet envoi son rapport sur la question de compétence.

L'article 6 de l'ordonnance du 12 juin 1831 déterminait quelles étaient les pièces dont la production était néces-

saire. « Le rapport sur le conflit ne pourra être présenté qu'après la production des pièces ci-après énoncées, savoir : la citation, les conclusions des parties, le déclinatoraire proposé par le préfet, le jugement de compétence, l'arrêté; ces pièces seront adressées par le procureur du roi au ministre de la Justice. »

Cette énumération a été complétée par une circulaire du garde-des-sceaux en date du 15 septembre 1847, indiquant les pièces qui doivent composer le dossier d'une affaire de conflit.

« Pour être complète, » disait le ministre de la Justice, « la production des pièces doit renfermer :

- » La citation (ordonnance du 12 mars 1854, art. 6);
- » Les conclusions des parties (*ibidem*);
- » Le déclinatoraire proposé par le préfet (*ibidem*);
- » Les réquisitions ou conclusions du procureur du roi (ordonnance du 1^{er} juin 1828, art. 7);
- » Le jugement rendu sur la compétence (ordonnance du 12 mars 1831, art. 6);
- » L'acte d'appel et l'arrêt rendu sur la compétence, s'il y a lieu (ordonnance du 1^{er} juin 1828, art. 8);
- » L'arrêté de conflit (ordonn. du 12 mars 1831, art. 6);
- » Le jugement ou l'arrêt ordonnant le sursis à toutes procédures (ordonn. du 1^{er} juin 1828, art. 12);
- » Les observations des parties ou de leurs avoués s'il en a été produit dans le délai fixé (*ibid.*, art. 13 et 14);
- » Les observations du procureur du roi (*ibid.*, art. 14);
- » L'extrait du registre du mouvement (*ibid.*, art. 7 et 14);
- » L'inventaire des pièces en double (ordonn. du 1^{er} juin 1828, art. 14 et ordonn. du 12 mars 1831, art. 6). »

Cette énumération est incomplète, car elle ne mentionne

pas les pièces visées dans l'arrêté de conflit et qui doivent y être jointes (ordonn. de 1828, art. 10).

La même circulaire ajoutait : « Il est évident que par citation on doit entendre tout exploit introductif d'instance et que cet acte rentrerait, d'ailleurs, quelle que fût sa dénomination particulière dans la catégorie des conclusions. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les conclusions sur le fond ou sur la question de compétence. Toutes servent plus ou moins directement à déterminer la nature de l'instance et elles doivent être produites par les avoués, à qui les originaux et les copies seront rendus après la décision sur le conflit. Ces conclusions feront partie de la production, quand bien même elles seraient appelées textuellement dans les jugements ou arrêts. Les jugements ou arrêts doivent être transmis sous la forme d'expéditions complètes et non de simples extraits. »

En commentant l'article 7 de l'ordonnance de 1828, nous avons déjà parlé du registre de mouvement, des indications qui y doivent être consignées et de la valeur accordée aux mentions qui y sont faites. L'article 14 de l'ordonnance de 1828 parle également de ce registre en disposant que la date de l'envoi du dossier doit y être indiquée.

Dans sa circulaire du 15 décembre 1847, le garde-des-sceaux, exprimant le regret que de fréquentes irrégularités fussent commises, dans les envois relatifs aux conflits, par les chefs des parquets, disait : « Ces irrégularités proviennent principalement de ce que le registre de mouvement, prescrit par l'ordonnance de 1828, n'est pas tenu par tous les parquets avec l'exactitude désirable. A l'avenir, tout extrait de ce registre devra contenir, sans aucune exception, les mentions et dates exigées par

la circulaire du 5 juillet 1828, dont il est bien regrettable que les sages dispositions n'aient pas été suivies, notamment en ce qui touche la tenue du registre, puisque, en thèse générale, c'est l'extrait de ce registre qui constate l'accomplissement des formalités nécessaires à la régularité du conflit et qu'il sert ainsi de base, sous le rapport de la forme, à la décision du Conseil d'État sur la validité ou la nullité dudit acte. »

« L'extrait, » disait encore le garde-des-sceaux, « devra être certifié conforme par le magistrat qui le transmettra. »

Quoique les ordonnances de 1828 et 1831 fassent aux chefs des parquets une obligation stricte de l'envoi immédiat des dossiers de conflits à la chancellerie, les efforts tentés pour éviter tout retard ont été souvent infructueux. Ces efforts, dit M. Boulatignier, ont échoué non pas tant contre l'indifférence des procureurs du roi que contre les difficultés que ces magistrats éprouvent à se faire remettre par les avoués des parties les pièces dont la production est exigée. Il est naturel de penser que les parties désirent que les conflits se vident le plus promptement possible et qu'elles s'empressent de faire tout ce qui dépend d'elles pour en hâter la solution; mais les choses ne se passent pas ainsi et on a vu des avoués qui croyaient que leurs clients avaient intérêt à prolonger le litige, par exemple, parce qu'ils étaient en possession de l'objet litigieux, refuser la production de l'exploit d'assignation avec une persistance que l'on n'a pu vaincre que par la menace de poursuites disciplinaires. Ce genre d'obstacle est devenu assez fréquent pour que M. le garde-des-sceaux en ait fait l'objet d'instructions spéciales adressées aux procureurs généraux sous la date

du 1^{er} décembre 1862. « Les avoués, disait-il, ne peuvent sans manquer à leurs devoirs, se dispenser de faire la remise au greffe de ces pièces. L'article 6 de l'ordonnance du 12 mars 1831, en prescrivant de ne présenter le rapport sur les conflits, qu'après la production des actes qu'il énumère, exige implicitement l'envoi de ces actes au Conseil d'État et, par conséquent, oblige les avoués à les déposer. Ce n'est pas là, en effet, une procédure ordinaire dans laquelle ces officiers ministériels restent libres de ne pas remplir certaines formalités sous leur responsabilité personnelle. Le conflit suspend le cours de la justice, l'intérêt public exige une prompte décision. Aussi les dispositions des règlements tendent toutes à éviter des retards et les avoués doivent, *sous peine de poursuites disciplinaires*, se conformer à ces dispositions. »

La validité de la revendication administrative ne serait pas atteinte par le retard qu'apporterait le parquet à la transmission de l'arrêté et des pièces : la négligence des officiers du ministère public ne peut porter préjudice aux droits de l'administration.

Le ministre de la Justice, aux termes du dernier alinéa de l'article 14 de l'ordonnance de 1828, doit, dans les vingt-quatre heures de l'envoi qui lui est fait par le parquet, transmettre au secrétariat du Conseil d'État (aujourd'hui au secrétariat du Tribunal des conflits) le dossier de l'affaire et en donner avis au magistrat qui le lui a transmis. L'ordonnance du 21 mars 1831 a fait subir à cette disposition une légère modification. L'article 6 porte : « Les pièces seront adressées par le procureur du roi à notre garde-des-sceaux ministre de la Justice, qui devra, dans les vingt-quatre heures de la réception, lui adresser un récépissé énonciatif des pièces envoyées, lequel sera

déposé au greffe du tribunal. Le ministre transmettra aussitôt les pièces au secrétariat général du Conseil d'État. »

Si le garde-des-sceaux n'est plus tenu à transmettre le dossier au Tribunal des conflits dans les vingt-quatre heures de sa réception, il doit, pour se conformer à l'esprit et au texte de l'ordonnance, n'apporter aucun retard à cet envoi. Toutefois, il ne le doit faire que lorsque ce dossier est complet; en effet, le rapport sur les conflits ne peut être présenté qu'après la production des pièces exigées. De plus, l'envoi d'un dossier incomplet pourrait présenter un grave inconvénient. D'après l'article 7 de l'ordonnance de 1831, la décision sur la revendication doit intervenir dans un délai fixe de deux mois, dont le point de départ est la réception des pièces au ministère de la Justice, réception constatée par l'accusé de réception du garde-des-sceaux. Or, l'envoi au tribunal ne peut avoir lieu qu'après celui de cet accusé de réception au chef du parquet. Dresser cet accusé de réception et transmettre le dossier incomplet au secrétariat du Tribunal des conflits équivaldrait à diminuer le délai accordé à ce tribunal pour statuer et à exposer ainsi l'administration à une déchéance dont elle ne serait nullement responsable. Ce danger ne serait à craindre que si l'accusé de réception était conçu en termes généraux; dans la pratique il n'en est pas ainsi. Le ministère de la Justice, se conformant aux prescriptions de l'ordonnance de 1831, mentionne les pièces reçues sur un bordereau joint à l'accusé de réception. Lorsqu'un document nécessaire a été omis dans le premier envoi, cette pièce en contient la preuve.

D'ailleurs, la Cour de cassation ⁽¹⁾ et le Conseil d'É-

(1) Arrêt du 23 juillet 1839.

tat (1) sont d'accord pour décider que le délai de deux mois, fixé par l'article 7 de l'ordonnance de 1831, ne court que du jour où toutes les pièces, dont la production est exigée, sont parvenues à la chancellerie. M. Reverchon (2) rapporte un arrêt du Conseil d'État qui fait l'application de ce principe à une espèce où il s'était écoulé trente-cinq ans entre le premier envoi d'une partie des pièces du conflit et leur envoi complet. « Dans cette affaire, l'arrêté de conflit était de l'an XIII : il avait été transmis à cette date au ministère de la Justice, mais il n'était pas accompagné des pièces nécessaires qui furent vainement réclamées alors par ce ministère au parquet de la Cour de Toulouse, et il demeura dès lors oublié dans les cartons de la chancellerie. En 1839, la péremption de l'instance ayant été prononcée par défaut contre l'une des parties, la partie adverse forma opposition en se fondant sur ce que l'existence du conflit avait suspendu forcément l'instance. Il fallut alors statuer sur ce conflit dont la tardivité ne pouvait manquer d'être alléguée; mais le Conseil d'État, tout en annulant le conflit au fond, le déclara recevable dans les termes suivants : « Considérant que depuis l'arrêté du 13 thermidor an XIII l'instance entre les communes des Arguts, la commune de Boutz et l'État est demeurée en état de conflit; que, d'autre part, le dossier était resté incomplet jusqu'à ce jour, et que, par conséquent, les délais écoulés ne sont pas un obstacle à ce qu'il soit prononcé sur le dit conflit. »

Autorité compétente pour statuer sur les conflits. — L'autorité aujourd'hui compétente pour trancher les con-

(1) Conseil d'État, ordonnance du 18 décembre 1840.

(2) *Op. cit.*, p. 564.

flits est un tribunal spécial institué par la loi du 24 mai 1872, portant réorganisation du Conseil d'État. Le titre IV de cette loi, intitulé « Des conflits et du Tribunal des conflits, » contient les dispositions suivantes : « Article 25. Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un tribunal spécial composé : 1° du garde-des-sceaux, président; 2° de trois conseillers d'État en service ordinaire, élus par les conseillers en service ordinaire; 3° de trois conseillers à la Cour de cassation, nommés par leurs collègues; 4° de deux membres et de deux suppléants qui seront élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents. Les membres du Tribunal des conflits sont soumis à la réélection tous les trois ans et indéfiniment rééligibles. Ils choisissent un vice-président au scrutin secret et à la majorité absolue des voix. Ils ne peuvent délibérer valablement qu'au nombre de cinq membres présents au moins. »

« Art. 26. Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Toutefois, ils ne peuvent se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande en revendication qui doit lui être préalablement communiquée. »

« Art. 27. La loi du 4 février 1850 et le règlement du 26 octobre 1849 sur le mode de procéder devant le Tribunal des conflits sont remis en vigueur. »

La législation antérieure ainsi rendue applicable, organisait auprès du Tribunal des conflits un ministère public dont les fonctions sont remplies par deux commissaires

du Gouvernement, choisis tous les ans par le président de la République, l'un dans le parquet de la Cour de cassation, l'autre parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État. Il est adjoint à chacun de ces commissaires un suppléant, choisi de la même manière et pris dans les mêmes rangs. Le ministre de la Justice nomme un secrétaire qui remplit auprès du Tribunal les fonctions de greffier (1).

Nous avons dit, dans l'historique de la législation des conflits, que la République de 1848 avait, une première fois, soustrait au Conseil d'État la connaissance des conflits. Cette institution nouvelle, œuvre de la commission de constitution, se justifiait par la disparition de l'autorité royale qui s'était toujours réservé de statuer sur les questions de compétence. La loi du 3 mars 1849, donnant au Conseil d'État le pouvoir de décision propre, on ne pouvait lui confier le soin de trancher les difficultés relatives à la compétence qui s'élèvent entre l'autorité administrative, dont il est la plus haute expression, et les tribunaux ordinaires. Il eût été contre toutes les règles du droit juge dans sa propre cause.

Voici en quels termes M. Dupin défendait, dans la séance du 11 octobre 1848, l'institution nouvelle. « Pourquoi les conflits entre l'administration et les tribunaux étaient-ils auparavant porté devant le Conseil d'État? Ce n'était pas par amour du Conseil d'État, mais, sous les précédents gouvernements, le Conseil d'État ne donnait que des avis, et c'était la puissance royale qui décidait.

» De la maxime de l'ancienne monarchie, que toute justice émane du roi, on avait conclu que c'était au roi

(1) Loi du 18 février 1850 et règlement du 28 octobre 1849, art. 3 et 5.

à déterminer les juridictions en cas de litige. Ainsi, c'était pour réserver à la puissance royale le droit de donner des juges et de régler les juridictions, qu'on attribuait le jugement des conflits au Conseil d'État.

» Maintenant que nous sommes sous un régime républicain, toute justice émane du peuple. Quand il y a conflit, ce n'est pas seulement une personne, un fonctionnaire en vertu de sa prérogative qui peut prétendre à juger les conflits. Voilà pourquoi nous avons cru qu'il était constitutionnel de créer un Tribunal des conflits. Nous avons pris pour le composer dans les rangs les plus élevés des deux autorités entre lesquelles le conflit s'élevait, c'est-à-dire des membres de la Cour de cassation, sommet de l'ordre judiciaire et des membres du Conseil d'État, sommet de l'ordre administratif. Nous avons ainsi constitué un tribunal mixte. C'est ce tribunal qui, avec une grande supériorité d'expérience et de lumières, jugera les conflits dans l'intérêt général aussi bien que dans l'intérêt privé et dans l'intérêt de la loi. »

En constituant ce tribunal spécial, la commission de constitution réalisa une réforme éminemment utile. Lorsque le chef de l'État est appelé à statuer sur les conflits, sur l'avis du Conseil d'État, c'est en réalité ce corps qui statue. Sans mettre en doute son impartialité, comment penser qu'il puisse se soustraire aux influences des habitudes et du milieu, comment surtout ne pas craindre que l'opinion ne conçoive quelques soupçons à cet égard? L'équité ne veut-elle pas et n'est-il pas avantageux pour l'intérêt de tous que l'autorité judiciaire soit appelée à élever et à défendre ses prétentions par les voix les plus autorisées? Ne peut-elle pas se plaindre en cas contraire d'avoir été condamnée sans avoir été entendue?

Le Tribunal des conflits disparut avec la constitution qui lui avait donné le jour.

En 1872, l'Assemblée nationale rendit au Conseil d'État, comme l'avait fait la loi du 3 mars 1849, le pouvoir de statuer de sa seule autorité en matière contentieuse et se trouva par là même conduite à réédifier un Tribunal des conflits. La pensée de l'Assemblée tout entière se fit jour dans le discours de M. Batbie, l'éminent rapporteur de la loi : « Nous vous proposons, disait-il, de rétablir cette juridiction comme conséquence de ce que nous avons décidé sur la délégation de la justice administrative. Lorsque cette justice était retenue, on pouvait soutenir que le chef du pouvoir exécutif, en vertu de sa prééminence sur les autorités en conflit, fixait les limites des juridictions et distinguait ce que le souverain avait gardé pour le décider lui-même en Conseil d'État d'avec ce qu'il avait délégué aux tribunaux. Encore cette explication n'était-elle pas exacte, puisque la délégation étant faite par des lois, il ne dépendait pas du pouvoir exécutif de dire où elle finissait, et que le pouvoir d'interpréter les lois appartient au législateur. Quoique insuffisante, cette justification de la compétence du Conseil d'État, en matière de conflits, donnait satisfaction aux esprits qui ne poussent pas l'analyse des questions jusqu'aux dernières extrémités; elle nous ferait même défaut dans le système de la délégation, et il faut, ou rétablir le Tribunal des conflits, ou créer une institution analogue. »

Le tribunal des conflits fut rétabli avec quelques modifications qui réalisèrent de réels progrès.

Dans son projet de loi sur l'organisation du Conseil d'État, le Gouvernement disait : « La loi du 24 février 1850 portait que : en l'absence du ministre de la Justice,

le Tribunal des conflits serait présidé par le ministre de l'Instruction publique, on avait choisi ce ministre parce qu'il est très-rare qu'un conflit s'élève à l'occasion des affaires qui rentrent dans ses attributions. Toutefois il peut se faire que le ministre de l'Instruction publique, précisément parce qu'il sera préparé par toute sa carrière à bien remplir ses fonctions, n'ait pas assez l'habitude des questions juridiques pour présider avec compétence le Tribunal des conflits. »

Pour parer à cet inconvénient, le Gouvernement proposait, en cas d'empêchement du garde-des-sceaux, de confier la présidence à un ministre qui serait délégué par son collègue de la Justice à la condition qu'il ne serait pas intéressé dans les litiges portés à l'audience dont il devait diriger les débats.

Cette modification, la seule que le Gouvernement proposa à l'œuvre du législateur de 1848, la commission parlementaire la jugea insuffisante, et son éminent rapporteur, M. Batbie, en donna les raisons. « Si pendant sa courte durée, disait-il, le Tribunal des conflits a rendu de grands services, pour la pacification des procès de compétence, il nous a paru que ce résultat devait être attribué plutôt à la prudence des personnes qu'à la perfection de l'institution. L'organisation du Tribunal des conflits, telle que le Gouvernement vous propose de la rétablir, est périlleuse parce qu'elle est de nature à produire fréquemment des changements de jurisprudence. Il est probable, en effet, que sur plus d'une question, les conseillers d'État se porteront d'un côté et que les conseillers à la Cour de cassation iront de l'autre. Ces deux fractions s'annulant, en ce cas, par leur opposition, (il est naturel que sur des questions de compétence, la diver-

gence soit fréquente,) la voix seule du président fera pencher la balance et la décision ne dépendra que de lui. »

« Or, les ministres sont fragiles parce qu'ils sont exposés aux accidents de la politique, et comme leur choix est déterminé par des considérations autres que leurs opinions sur des questions de droit, une modification ministérielle pourrait être la cause d'un changement de jurisprudence sur plusieurs questions. Avons-nous besoin de dire quelles seraient les conséquences de ces revirements? Les procès qu'on pourrait croire les meilleurs, seront perdus; les plaideurs seront souvent trompés dans leur attente, et les parties dont l'humeur processive ne craint pas d'intenter des actions téméraires, seront favorisés par cette incertitude. Nous avons pensé qu'entre les conseillers d'État et les conseillers à la Cour de cassation, il fallait placer un élément plus stable qu'un personnage politique, afin d'assurer, autant que possible, la permanence des solutions. La difficulté de remplacer le ministre de la Justice, en cas d'absence, nous a confirmés dans notre opinion. »

D'un commun accord avec le Gouvernement, la commission reconnaissait l'incompétence du ministre de l'Instruction publique pour présider le Tribunal des conflits, mais dans sa pensée, la désignation par le garde-des-sceaux du collègue appelé à le remplacer, proposition émise par le Gouvernement, était encore insuffisante pour sortir d'embarras. « Sur qui, disait le rapporteur, le choix pourrait-il porter? Les ministres de la Guerre et de la Marine auront aussi rarement que le ministre de l'Instruction publique, les connaissances nécessaires pour juger des questions de compétence. Le ministre de l'Intérieur est trop absorbé pour donner son temps à des affaires

contentieuses et d'ailleurs, il serait à craindre qu'il n'apportât dans l'examen de ces questions, une tendance exclusivement politique. Le ministre des Travaux publics dirige une administration qui est trop souvent intéressée dans les audiences de l'assemblée du contentieux; et quant aux ministres soit des Finances, soit du Commerce, on les choisit souvent parmi les banquiers, les commerçants et les industriels. Or, nous pouvons dire, sans qu'aucun d'eux ait le droit d'en être blessé, que probablement ils ne sont pas tous préparés au jugement des conflits, c'est-à-dire, des questions les plus ardues du contentieux administratif. Nous n'avons pas en conséquence admis la présidence du garde-des-sceaux, soit, parce que sous le régime parlementaire surtout, les ministres sont exposés à de fréquents changements, soit, parce qu'il est difficile de le suppléer en cas d'empêchement. Nous vous proposons d'ajouter aux six personnes qui seront élues par le Conseil d'État et par la Cour de cassation, trois autres membres que l'Assemblée nationale choisira au scrutin secret et à la majorité absolue. Avec cette addition, la présence du garde-des-sceaux n'aurait pas au même degré que s'il était seul, l'inconvénient de la mobilité; elle offrirait, d'un autre côté, l'avantage de donner à ce Tribunal un lustre digne de ses fonctions. Préoccupée cependant des variations de la jurisprudence, votre commission n'a pas voulu à un degré quelconque, introduire dans la composition du Tribunal une cause de changement et sacrifiant l'éclat de l'institution, pour mieux assurer la stabilité de ses décisions, elle a préféré à la présidence du garde-des-sceaux, celle d'un membre désigné par ses collègues. »

Les modifications que la commission proposait pour re-

médier aux deux inconvénients signalés dans le projet du Gouvernement furent vivement attaquées par MM. Gaslonde ⁽¹⁾ et Bertauld ⁽²⁾, lorsqu'eut lieu devant l'Assemblée la deuxième délibération. « Le garde-des-sceaux était président de cette juridiction mixte, disait M. Bertauld, mon Dieu, qu'à mon sens, il était bien choisi ! Comme il était bien dans les conditions propres à servir de trait-d'union entre la véritable autorité judiciaire et l'autorité administrative ! par ses relations, par ses affections, par ses antécédents, presque toujours il appartenait à la justice ordinaire ; mais il était homme trop politique pour ne pas tenir compte des difficultés d'administration et des dérogations qui étaient nécessaires pour l'utilité publique. »

Il intervenait comme un véritable médiateur dans des conditions de grande lumière et de parfaite indépendance.

La commission se rendit à cette manière de voir et remania le projet. Lorsqu'elle le présenta, en troisième délibération, il fut adopté avec les changements qu'elle-même avait adoptés : présidence au garde-des-sceaux, nomination du vice-président par le Tribunal, et élections par leurs collègues de deux membres départiteurs et de leurs suppléants.

Ces dispositions sont devenues l'article 25 de la loi du 24 mai 1872.

Si nous comparons le Tribunal des conflits de 1872 au premier tribunal de 1848 nous voyons que le nombre des conseillers élus par la Cour suprême et par le Conseil d'État a été réduit de huit à six, pris dans chacun des deux ordres : mais deux juges et deux sup-

(1) Séance du 3 mai 1872; *Officiel* du 4 mai.

(2) Séance du 30 avril 1872; *Officiel* du 1^{er} mai.

pléants pris en dehors de la juridiction ordinaire et de l'administration forment un élément nouveau qui n'expose plus, en cas de division des deux autorités, à voir le garde-des-sceaux seul juge de la compétence. Enfin, au lieu d'être attribuée au ministre de l'Instruction publique, la vice-présidence est confiée à un des membres du Tribunal nommé par ses collègues.

Malheureusement, un amendement présenté par M. Jozon et voté à la troisième délibération, amendement qui forme un article additionnel à l'article 25, vint détruire toute l'économie de cette nouvelle organisation. « Ils (les membres du Tribunal) ne pourront délibérer qu'au nombre de cinq membres présents au moins. » M. Boulatignier fait remarquer combien cette disposition est regrettable; elle rompt absolument l'équilibre parfait que la loi de 1872 avait voulu obtenir, puisque, sans violer la loi, une délibération du tribunal peut être prise alors que les deux pouvoirs sont inégalement représentés. Dans la législation de 1850, le Tribunal des conflits ne pouvait rendre ses rescissions qu'au nombre de neuf juges, pris également à l'exception du ministre, dans les deux corps qui concouraient à sa formation.

Le droit de récusation peut-il être exercé devant le Tribunal des conflits? Les règles établies par le Code de procédure civile pour la récusation devant les tribunaux ne sont-elles pas applicables à cette juridiction spéciale?

La question s'est présentée une première fois, devant le Tribunal des conflits, dans la séance du 30 mai 1850 et fut débattue en chambre du conseil, sous la présidence du garde-des-sceaux, dans les circonstances suivantes.

On demandait s'il fallait considérer comme étant en

état de récusation 1° un conseiller à la Cour de cassation, ayant fait rapport à la Chambre des requêtes d'un recours, sur lequel la Chambre civile avait rendu un arrêt de cassation proclamant la compétence judiciaire, ce qui avait donné lieu à une instance nouvelle dans laquelle le conflit avait été élevé. 2° Deux conseillers, à la Cour de cassation, ayant concouru à l'arrêt rendu sur la compétence par la Chambre civile (1).

On faisait valoir pour l'affirmative que les règles de la récusation, étant établies pour tous les tribunaux, devaient être applicables au Tribunal des conflits; que ces règles étant fondées en raison, le Tribunal devait s'y soumettre, et que, d'ailleurs, il était étrange que la loi et un règlement d'administration publique eussent négligé de s'expliquer sur un sujet, auquel le Code de procédure civile avait consacré tout un titre, s'ils n'avaient entendu se référer aux règles du droit commun sur ce point.

La récusation n'a pas été prévue par le règlement sur le Tribunal des conflits, répondait-on, en raison même de la nature de ce Tribunal qui statue dans l'intérêt de l'ordre des juridictions et ne prononce pas entre les parties. On ajoutait que la nécessité même obligeait à repousser l'application des règles relatives à la récusation; en effet, il pourrait arriver que, par suite de ces règles, le Tribunal se trouvât dans l'impossibilité de juger (2); ce qui serait, dans l'espèce, si le conseiller rapporteur à la

(1) Boulatignier, p. 569, *loc. citat.*

(2) Cette impossibilité n'est plus à craindre avec l'organisation actuelle du Tribunal des conflits, qui peut valablement délibérer cinq membres présents.

Chambre des requêtes était jugé en état de récusation au Tribunal des conflits.

A l'unanimité moins une voix, le Tribunal décida que les règles de la récusation ne lui étaient applicables que dans les cas extrêmes, et il reconnut à l'unanimité que ces membres restaient libres de proposer leur récusation par scrupule de conscience, par exemple, en cas d'avis émis sur la question, de parenté ou d'extrême affection.

Récemment, la question s'est présentée de nouveau devant le Tribunal des conflits. A la suite d'une ordonnance du Tribunal civil de Lille, se déclarant compétent pour connaître en référé de la demande formée par plusieurs religieux, à fin de réintégration dans leur domicile, d'où ils avaient été expulsés en exécution d'un décret du 29 mars 1880, le préfet du Nord éleva le conflit.

Les sieurs M... et consorts déposèrent au secrétariat du Tribunal des conflits une requête à fin de récusation du garde-des-sceaux, président du Tribunal des conflits, en se fondant sur ce qu'il avait connu et écrit sur la question, ce qui est contraire aux dispositions de l'article 378, n° 8 du Code de procédure civile et aussi pour les causes énoncées au n° 7 dudit article. A l'appui de leur récusation, les parties signalaient 1° le rapport qui a précédé et provoqué l'exécution des décrets, rapport signé par le ministre de la Justice; 2° les décrets signés des mêmes hauts fonctionnaires auxquels l'exécution en a été confiée; 3° le discours prononcé par le garde-des-sceaux le 16 mars 1880. La requête concluait que le ministre qui a provoqué et exécuté ces décrets et en a poursuivi l'exécution, ne saurait être constitué juge de leur mode d'exécution.

Le Tribunal des conflits écarta par un moyen de pro-

cédure les conclusions à fin de récusation présentées par les parties, en se basant sur leur défaut de qualité.

« Considérant que le Tribunal des conflits, institué pour assurer l'application du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, n'est appelé à trancher aucune contestation d'un intérêt privé; que le débat, porté devant lui par le préfet, agissant au nom de la puissance publique, s'agit uniquement entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative; qu'il suit de là que les parties engagées dans l'instance qui donne lieu à l'arrêté de conflit ne figurent ni comme demanderesse, ni comme défenderesse devant le Tribunal chargé de le juger; que si les parties peuvent produire des mémoires et des observations orales, elles ne sont recevables à prendre aucune conclusion; que, dès lors, elles ne sauraient être admises à proposer une récusation, par application des articles 378 et suivants du Code de procédure civile, etc. »

Le système adopté par le Tribunal des conflits a donné lieu à des critiques qui sont dignes d'attirer l'attention. Sans doute, les parties, quelque graves que soient leurs intérêts, n'ont aucun droit de prendre des conclusions devant le Tribunal des conflits. Mais par là même que le champ du débat, en matière de conflit positif, n'est pas déterminé devant lui par les conclusions des intéressés, le Tribunal doit examiner à tous les points de vue, les questions dont l'existence est révélée par le dossier qui lui est soumis. « C'est ainsi qu'une jurisprudence constante reconnaît qu'il n'est pas lié par les termes de l'arrêté de conflit et qu'il doit annuler les décisions judiciaires qui lui sont déférées dans toutes les dispositions par lesquelles elles ont statué sur des questions de la

compétence administrative, alors même que le préfet avait omis de revendiquer pour l'autorité administrative quelques-unes de ces questions (Décision du Trib. des conflits, 1^{er} février 1873). De même, le Tribunal, dans quelque forme que des objections soient élevées devant lui contre la régularité de la procédure imposée par l'ordonnance de 1828, se croit obligé de prononcer sur la régularité de l'arrêté de conflit, lorsqu'il considère les critiques dirigées contre l'arrêté de conflit, comme mal fondées, aussi bien que dans le cas contraire. Si les intéressés peuvent ainsi provoquer, par leurs observations, l'examen par le Tribunal des formalités réglementaires, à plus forte raison, peuvent-ils provoquer l'examen de la régularité de la constitution même du Tribunal. Celui-ci ne sera pas lié, comme un tribunal civil, par les termes des observations présentées à l'effet de faire prescrire l'abstention d'un des membres de l'assemblée, mais il devra, comme en cas de critiques contre la régularité de l'arrêté de conflit, statuer ce qu'il appartiendra sur le vu de ces observations. L'impossibilité de suivre textuellement les règles de la procédure civile ne doit pas avoir pour effet de paralyser l'exercice d'un droit appartenant au Tribunal et auquel il ne pourrait renoncer, sans nuire à l'autorité de ses décisions; il faut seulement ce qui est facile, approprier cette procédure aux conditions spéciales dans lesquelles fonctionne le Tribunal des conflits (1). »

Évidemment, les cas de récusation ne peuvent être déterminés par l'application pure et simple des articles 370 et suivants du Code de procédure civile; mais les

(1) Dalloz, *Jurisprudence générale*, 1880, 3, p. 122, en note.

principes du droit naturel peuvent combler les lacunes de la loi écrite.

La solution adoptée par le Tribunal des conflits, en 1850, lorsqu'il a décidé que le fait d'avoir connu d'une affaire de compétence à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, n'était pas un motif pour ne pas connaître de la même affaire lorsqu'elle se présentait devant le Tribunal des conflits, écarte tout d'abord la cause de récusation écrite dans l'article 378, résultant de ce que le juge a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre.

En second lieu, le fait que les intéressés ne sont pas parties en cause empêche d'admettre, comme motif absolu de récusation, certaines circonstances auxquelles le Code de procédure civile attache ce caractère, comme le fait d'avoir mangé avec l'un des intéressés.

Mais au contraire, il est des cas où, à mon avis, un membre du Tribunal ne pourrait pas légitimement prendre part aux débats. Le premier, le plus saillant, est celui où le juge est intéressé à la solution de l'affaire ; les principes de justice naturelle ne permettent pas d'être tout à la fois juge et partie, et la jurisprudence consacre ces principes en déclarant la nullité d'un jugement auquel a concouru un magistrat ayant un intérêt dans l'instance, alors même que les parties n'ont proposé aucune récusation (1). De même on pourrait encore récuser le juge, lorsque n'étant pas personnellement partie au procès, la solution pourrait néanmoins atteindre ses intérêts matériels et moraux. Tel serait précisément le

(1) Dalloz, *Jurisprudence générale*, voy. *Récusation*, n° 12; Cour de cassation, arrêt du 14 octobre 1824.

cas où l'attribution à l'autorité judiciaire du droit de connaître des conséquences d'un acte de gouvernement, pourrait engager la responsabilité personnelle du garde-des-sceaux, président du Tribunal des conflits.

Enfin, le Tribunal n'a-t-il pas admis en 1850, et ne pourrait-on pas dire avec lui, qu'il y a juste cause d'abstention dans le fait de parenté, d'extrême affection, d'ini-mitié capitale ou lorsqu'un membre aurait engagé son opinion, en émettant un avis sur la question?

Notre étude sur le Tribunal des conflits serait incomplète, si nous ne disions un mot du pouvoir que lui confère l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits, les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. » Cette disposition avait un précédent dans l'article 28 de la loi du 28 octobre 1849, qui donnait au garde-des-sceaux le droit de revendiquer une affaire portée à la section du contentieux du Conseil d'État, lorsqu'il estimait que cette affaire n'appartenait pas au contentieux administratif. La loi de 1872 a étendu cette prérogative à tous les ministres.

S'il était juste de prévoir les empiètements du pouvoir judiciaire sur l'autorité administrative et s'il était sage de donner à celle-ci le droit de faire respecter son domaine, il eût été également équitable de prémunir le pouvoir judiciaire contre les usurpations possibles de l'administration en lui mettant entre les mains un moyen de défense analogue au conflit. Tout entiers à leur préoccupation de forger une arme au profit de l'autorité administrative, les gouvernements qui organisèrent l'application du principe de la séparation des pouvoirs, ne songèrent

pas à formuler cette juste réciprocité, et cependant, s'il y a de graves inconvénients à ce que des questions administratives soient soumises à l'autorité judiciaire, il y a de bien plus grands dangers à ce que la juridiction administrative, qui ne présente pas les garanties qu'offre le pouvoir judiciaire, puisse, même accidentellement, se faire juge de questions primordiales, comme l'état civil, la liberté individuelle ou la propriété, qui forment l'apanage incontesté de la justice ordinaire.

C'est pour combler cette lacune et parer à ce danger que la loi de 1849 et après elle, celle de 1872, ont attribué aux ministres le droit de revendiquer les affaires qui seraient indûment portées devant le Conseil d'État et de les déférer au Tribunal des conflits pour le voir statuer sur la compétence. Toutes les fois donc, qu'un ministre estime qu'une contestation portée devant la section du contentieux échappe à sa compétence, soit parce qu'elle rentre dans la compétence judiciaire, soit parce que, comme un acte de gouvernement, elle ne doit pas trouver de juges, il demandera à cette juridiction de se dessaisir et sur son refus se pourvoira devant le Tribunal des conflits.

Le progrès très réel réalisé par cette disposition, nous paraît incomplet, en ce qu'elle expose les parties à attendre qu'une affaire qui les intéresse soit arrivée au dernier échelon de la juridiction administrative, pour que son incompétence soit reconnue, et en ce que, confiée aux seuls ministres, cette revendication court le risque de n'être exercée que dans des cas exceptionnels. Il eût été facile, à notre avis, de rendre cette satisfaction plus complète en donnant aux procureurs généraux le droit de faire valoir devant les tribunaux administratifs les revendications de l'autorité judiciaire.

Procédure à suivre devant le Tribunal des conflits. —

Le mode de procéder devant le Tribunal des conflits a été déterminé par le règlement du 28 octobre 1849 et par la loi du 4 février 1850, que l'article 27 de la loi du 24 mai 1872 a remis en vigueur.

Le garde-des-sceaux est chargé de transmettre au Tribunal des conflits l'arrêté de conflit et les pièces qui l'accompagnent. Nous avons vu que cette transmission devait être faite sans retard. Ces documents, dès leur arrivée au secrétariat doivent être enregistrés sur un registre spécial⁽¹⁾.

En principe, chaque conflit est et doit être l'objet d'une instruction et d'une décision particulière. Cependant la jurisprudence admet la réunion de divers arrêtés et permet qu'ils soient soumis conjointement au juge des conflits lorsqu'à la même époque, un tribunal saisi dans plusieurs affaires de la même question de compétence, s'est vu enlever par des arrêts de conflit la connaissance de ces affaires⁽²⁾.

Le ministre, président du Tribunal désigne un rapporteur, aussitôt après l'enregistrement des pièces au secrétariat⁽³⁾. L'article 5 de la loi du 4 février 1850 disait : « Les fonctions de rapporteur seront alternativement confiées à un conseiller d'État et à un membre de la Cour de cassation, sans que cet ordre puisse être interverti. » Cette règle doit être encore suivie, toutefois il y a lieu de tenir compte de l'élément nouveau introduit dans la composition du Tribunal par la loi de 1872. Évidemment, les deux

(1) Règlement du 28 octobre 1849, art. 12.

(2) Ordonnance du 12 avril 1829.

(3) Règlement du 28 octobre 1849, art. 6.

juges nommés par leurs collègues peuvent être chargés du rapport; en ce qui les concerne le garde-des-sceaux n'est assujéti à aucune règle spéciale; par leur origine ils ne sont représentants ni de l'administration, ni du pouvoir judiciaire, il peut donc les désigner comme rapporteurs quand il lui plaît.

Dans les cinq jours de leur arrivée au secrétariat, l'arrêté de conflit et les pièces sont communiqués au ministre, dans les attributions duquel se trouve placé le service auquel se rapporte le conflit. La date de cette communication est consignée sur un registre à ce destiné. Dans la quinzaine, le ministre doit fournir les observations et les documents qu'il juge convenables sur la question de compétence ⁽¹⁾. Dans tous les cas, les pièces sont rétablies au secrétariat du Tribunal des conflits dans le délai précité. Si désirable que soit l'observation exacte de ce délai, dans la pratique, il n'est pas considéré comme étant de rigueur, et l'on admet les observations des ministres compétents, alors même qu'elles se produisent après l'expiration de la quinzaine.

Les avocats des parties sont autorisés à prendre communication des pièces au secrétariat, sans déplacement ⁽²⁾.

Dans les vingt jours qui suivent la rentrée des pièces, le rapporteur fait au secrétariat le dépôt de son rapport et des pièces ⁽³⁾. Rappelons qu'aux termes de l'article 6 de l'ordonnance du 21 mars 1831, le rapport sur les conflits ne peut être présenté qu'après la production des pièces suivantes : la citation, les conclusions des par-

(1) Règl. du 28 octobre 1849, art. 12, §§ 3, 4, 5.

(2) Règl. du 28 octobre 1849, art. 13.

(3) Règl. du 28 octobre 1849, art. 14.

ties, le déclinatoire proposé par le préfet, le jugement de compétence et l'arrêté de conflit.

Les rapports sont faits par écrit. Ils sont transmis à celui des commissaires du Gouvernement que le ministre de la justice a désigné pour l'affaire (1). Dans aucune affaire les fonctions de rapporteur et celles de ministère public ne peuvent être remplies par deux membres pris dans le même corps (2). Lorsque le rapporteur est un conseiller d'État, le commissaire du Gouvernement doit être un membre du parquet de la Cour de cassation et c'est, au contraire un maître des requêtes qui est désigné comme commissaire, si le rapporteur est un conseiller à la Cour de cassation. Si le rapport est présenté par l'un des juges nommés par leurs collègues, le choix du ministre de la Justice pour désigner le commissaire du Gouvernement, est entièrement libre.

Le garde-des-sceaux, président du Tribunal, signe la correspondance à laquelle donne lieu l'instruction et les communications aux ministres intéressés. Il fixe la date des réunions du Tribunal et en convoque les membres (3).

Les séances du Tribunal sont publiques (4).

La police des audiences appartient au ministre président du Tribunal ou au vice-président qui le supplée en cas d'absence. Le règlement du 28 octobre 1849 déclare applicables au Tribunal les articles 18 et suivants du Code de procédure civile sur la police des audiences. Suivant M. Boulatignier, il faudrait joindre à ces articles, l'article 1036 du même Code, ainsi conçu : « Les tribunaux, sui-

(1) Règlement du 28 octobre 1849, art. 7.

(2) Loi du 4 février 1850, art. 7.

(3) Règlement du 28 octobre 1849, art. 1.

(4) Règlement du 28 octobre 1849, art. 8.

vant la gravité des circonstances, pourront dans les causes dont ils seront saisis, prononcer même d'office des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leur jugement. »

En dehors des observations que les parties ou leurs avoués ont pu joindre à l'arrêté de conflit et aux pièces qui y sont annexées, lors de leur envoi au garde-des-sceaux, elles sont encore en droit de se faire représenter devant le Tribunal des conflits par un avocat au Conseil d'État. Cet avocat peut présenter des observations orales, aussitôt la lecture du rapport ⁽¹⁾, et adresser des mémoires au Tribunal sur la question de compétence. Le jugement du conflit ayant un caractère d'intérêt public, les parties ne peuvent pas faire déposer des conclusions par leur avocat, surtout si elles tendent à faire condamner leur adversaire aux dépens. L'ordonnance du 12 décembre 1824, dont j'ai déjà parlé, dispose expressément qu'il ne sera prononcé aucune condamnation, quelque jugement qu'il intervienne.

Le préfet est autorisé à constituer un avocat, s'il plaide au nom de son département, intéressé dans l'instance. S'il représente l'État, c'est le ministre, dont l'administration a intérêt dans la cause, qui doit présenter les observations qu'il juge nécessaires, en réponse à la communication qui lui est faite du dossier. La jurisprudence constante du Conseil d'État est qu'un fonctionnaire ne peut être admis à faire défendre ses actes par avocat, qu'autant qu'une personne civile, dont il est le représentant légal, a intérêt au maintien de ces actes. Il était également de règle au Conseil d'État qu'aux ministres seuls il appartient

(1) Règlement du 28 octobre 1849, art. 8.

de défendre les intérêts civils de l'État. Dans le cas où le préfet n'a agi que pour faire respecter le principe de la séparation des pouvoirs, le ministre seul est chargé de faire valoir les raisons qui militent en faveur de la revendication.

La jurisprudence ne reconnaît aux tiers aucun droit d'intervention devant le Tribunal des conflits ⁽¹⁾.

Aussitôt les plaidoiries, le commissaire du Gouvernement est entendu en ses conclusions. Aux termes de l'article 4 de la loi du 8 février 1850, ces conclusions sont nécessaires pour la validité des décisions du Tribunal.

Nous avons vu que, depuis la loi du 24 mai 1872 (art. 25, *in fine*), les décisions du Tribunal nécessitent la présence de cinq juges au moins. La décision est arrêtée par la majorité des membres présents. Pour éviter le partage des voix, il est nécessaire que les juges soient en nombre impair, car, dans le silence de la loi, le président n'a pas voix prépondérante.

Les décisions du Tribunal sont lues en séance publique. Elles portent en tête la mention : « Au nom du peuple français, le Tribunal des conflits, etc. » contiennent les noms et conclusions des parties, s'il y a lieu, le vu des pièces principales et des dispositions législatives dont elles font l'application. Elles sont motivées. Les noms des membres qui ont concouru à la décision y sont mentionnés. La minute est signée par le président, le rapporteur et le secrétaire ⁽²⁾.

Il importe de remarquer que l'article 9 du règlement du 28 octobre 1849, qui détermine ainsi la forme des

(1) Ordonnance du 27 avril 1847.

(2) Règlement du 28 octobre 1849, art. 9.

décisions sur conflits, fait allusion, lorsqu'elle parle des conclusions des parties, aux prétentions des parties dans l'instance qui a donné lieu au conflit, et non aux observations qu'elles ont pu présenter au Tribunal. Les pièces principales dont parle ce même article et que visent d'ordinaire les décisions du Tribunal, sont : l'arrêté de conflit, l'exploit d'assignation, les conclusions des parties, le déclinaire présenté par le préfet, le jugement ou l'arrêt qui l'a rejeté; le jugement ou l'arrêt par lequel le Tribunal ou la Cour réuni en chambre du conseil a donné acte à l'officier du ministère public de la communication de l'arrêté de conflit et de ses réquisitions à ce qu'il soit sursis à toute procédure judiciaire, l'extrait du registre de mouvement tenu au parquet, les observations du ministre intéressé, l'extrait du registre tenu à la chancellerie, constatant la date de l'arrivée de l'arrêté et des pièces jointes, enfin, les mémoires présentés par les parties intéressées.

La décision doit encore constater que le rapporteur a été entendu en son rapport et le commissaire du Gouvernement en ses conclusions.

Lorsque le Tribunal des conflits confirme l'arrêté qui lui est déféré, la formule la plus généralement employée est celle-ci : « L'arrêté de conflit est confirmé, en tant qu'il revendique pour l'autorité administrative; » en même temps le Tribunal annule toute la procédure judiciaire. Si l'arrêté est nul, comme mal fondé ou à raison de vices de forme, la décision porte : « L'arrêté est annulé. » Dans cette hypothèse encore, il arrive quelquefois qu'une partie de la procédure judiciaire soit annulée, ce qui a lieu notamment, lorsque l'arrêté étant tardif ou irrégulier, le Tribunal n'a pas cru devoir surseoir et a passé outre.

Dans ce cas le jugement sur le fond est annulé par le juge des conflits.

Enfin, dans quelques affaires, l'arrêté est confirmé sur certains points, annulé sur d'autres. Le dispositif de la décision précise soigneusement alors dans quelle limite la revendication administrative est reconnue fondée et sur quels points elle est écartée.

Dans tous les cas où, avant la décision du Tribunal des conflits, la cause du conflit a disparu, la décision porte simplement qu'il n'y a pas lieu de statuer. Les événements qui peuvent mettre fin au conflit sont la renonciation de l'appelant à son appel, la reconnaissance de la compétence administrative lorsque le conflit avait été élevé sur l'acte d'appel, une loi nouvelle qui change ou fixe la législation, en attribuant formellement à l'autorité judiciaire la connaissance de la contestation que le préfet avait revendiquée pour l'autorité administrative. Ce résultat se produit encore, lorsque le tribunal correctionnel déclare prescrite l'action à propos de laquelle le conflit revendiquait une question préjudicielle. Lorsque, postérieurement à l'arrêté de conflit la Cour de cassation a infirmé le jugement ou l'arrêt qui repoussait les revendications administratives, et affirmait la compétence de l'autorité judiciaire, il n'y a plus lieu à statuer. Un arrêt du Conseil d'État a consacré cette décision (15 juillet 1855) (1). Il est certain que la Cour de cassation ayant reconnu l'incompétence judiciaire, il n'existait plus de conflit et la solution du Conseil d'État est légitime et naturelle. Mais nous inclinons à penser, en appliquant dans toute leur rigueur le texte de la loi et les principes, que

(1) Reverchon, *loc. citat.*, p. 568.

la Cour de cassation n'était pas en droit de prononcer sur la compétence. Nous avons vu que l'effet de l'arrêté de conflit élevé et déposé au greffe est de dessaisir l'autorité judiciaire et de l'obliger à surseoir à toute procédure. Or, il est incontestable que la requête présentée à la Cour et que l'arrêt rendu sur cette requête font partie de la procédure judiciaire. Le décret, qui statuait sur le conflit, aurait donc pu strictement annuler l'arrêt de la Cour suprême.

Le Conseil d'État a parfois consenti à examiner la question de compétence, sur la demande d'un préfet ou du ministre de l'Intérieur, bien que le conflit n'existât plus. Le Tribunal des conflits, qui a reçu mission de vider les conflits et non de donner des avis, ne devrait pas, pensons-nous, accueillir une requête de ce genre.

Aux termes du règlement du 28 octobre 1849, lorsque la décision a été rendue, le garde-des-sceaux en fait transmettre administrativement une expédition à ses collègues, dont le département se trouve intéressé dans l'instance (1). La décision est portée par leurs soins à la connaissance du préfet, qui est chargé d'en informer les parties. Celles-ci peuvent se faire délivrer par le secrétaire du Tribunal une expédition de cette décision (2).

Le ministre de la Justice pourvoit à la notification de la décision au tribunal devant lequel le conflit avait été élevé, notification prescrite par l'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831 et par l'article 16 de l'arrêté du 30 décembre 1848 (règlement du 28 octobre 1849, art. 16). Cette notification doit être faite, au plus tard, dans

(1) Article 9, *in fine*.

(2) *Ibidem*.

le cours du troisième mois qui suit la date de la réception à la chancellerie de l'arrêté de conflit et de toutes les pièces nécessaires.

Dans quel délai le Tribunal des conflits doit-il prononcer sa décision? La loi du 5 fructidor an III, la première, fixa un délai dans lequel le juge des conflits était tenu de statuer. Le Directoire exécutif, auquel était soumise la décision du ministre, devait se prononcer *dans le mois*. Cette disposition, dépourvue de sanction, resta lettre morte et le Conseil d'État abusa de cette situation pour traîner en longueur les affaires de conflits. La commission, chargée en 1828 de réviser la législation, se préoccupa des réclamations trop justifiées de l'opinion publique et prit les mesures propres à protéger l'autorité judiciaire contre l'inertie voulue de l'administration. L'article 15 de l'ordonnance portait : « Il sera statué dans le délai de quarante jours à dater de l'envoi des pièces au ministère de la Justice. Néanmoins ce délai pourra être prorogé sur l'avis du Conseil d'État et la demande des parties, par le garde-des-sceaux; il ne pourra en aucun cas excéder deux mois. » Cette disposition était sanctionnée par l'article 16 ainsi conçu : « Si les délais ci-dessus fixés expirent sans qu'il ait été statué sur le conflit, l'arrêté qui l'a élevé sera considéré comme non avenu et l'instance pourra être reprise devant les tribunaux. »

Aucun doute n'est possible sur la pensée des auteurs de l'ordonnance. Leur intention formelle d'empêcher qu'à l'avenir le cours de la justice soit, au gré du Conseil d'État, ou du Souverain indéfiniment suspendu, nous est attestée, en dehors même du texte de l'ordonnance, par l'avis de la commission de 1828 et par le témoignage de M. Taillandier, son secrétaire. « L'ordonnance propo-

sée, disait le premier document, présente une utilité et une amélioration incontestables, en permettant aux tribunaux de passer outre au jugement du fond, si dans l'espace d'un mois, il n'était pas statué sur le conflit, et en attachant ainsi une sorte de sanction à l'observation des délais, dans une matière où la suspension de la justice est le plus grand mal qui puisse affecter l'ordre public et l'intérêt des particuliers, etc. »

Après avoir signalé l'inexécution plus ou moins habituelle de la loi du 21 fructidor an III, M. Taillandier ajoutait : « La forme impérative de l'article dont nous nous occupons ne permet pas de croire que les délais prescrits par la nouvelle ordonnance, ne soient pas rigoureusement observés. A peine seront-ils expirés, en effet, que les parties pourront se présenter devant le tribunal et requérir qu'il soit procédé au jugement sur le fond; ce à quoi le tribunal sera tenu d'obtempérer, par le seul fait que le Conseil d'État n'aura pas prononcé sur le conflit (1). » L'ordonnance restait muette sur la notification de la décision rendue sur le conflit.

L'ordonnance du 12 mars 1831, compliquant les formalités de la procédure par la création d'un ministère public, et déclarant applicables au jugement des conflits, les innovations que l'ordonnance du 3 février 1831 avait introduites dans le fonctionnement du Conseil d'État (la publicité des audiences, et le débat oral pour les affaires contentieuses), on pensa que le délai de quarante jours serait insuffisant. Il fut alors porté à deux mois, terme qu'il ne pouvait autrefois atteindre sans prorogation. En même temps, on combla la lacune de l'ordonnance de 1828, en obligeant le garde-des-sceaux à notifier la dé-

(1) *Commentaire sur l'ordon. de 1828*, p. 186.

cision rendue sur le conflit au tribunal devant lequel il avait été élevé. « Il doit être statué sur le conflit dans le délai de deux mois, à partir de la réception des pièces au ministère de la Justice. Si, un mois après l'expiration de ce délai, le tribunal n'a pas reçu notification de la décision, il peut passer outre au jugement de l'affaire » (ordonnance du 12 mars 1831, art. 7).

Le règlement du 28 octobre 1849 se réfère encore à la législation antérieure, en ce qui concerne les délais dans lesquels il doit être statué et la notification faite au tribunal. De plus, aux termes de l'article 15 du règlement de 1849, les délais de deux mois sont suspendus pendant les mois de septembre et d'octobre consacrés aux vacances du Tribunal des conflits.

Aucune modification n'ayant été apportée sur ce point par la loi du 24 mai 1872, c'est encore l'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831 qui détermine dans quels délais doit être rendue et notifiée la décision statuant sur l'arrêté de conflit.

Plusieurs hypothèses peuvent se produire sur l'application de cet article.

Dans les trois mois de la réception du dossier complet au ministère de la Justice, le tribunal a reçu notification d'une décision rendue dans les deux mois sur le conflit; nul doute dans ce cas; si l'arrêté de conflit est confirmé, l'instance ne peut être reprise devant l'autorité judiciaire.

Les trois mois se sont écoulés sans qu'aucune notification ait été faite au tribunal : aucune difficulté, l'instance peut être reprise et le tribunal peut juger au fond.

D'autres cas moins simples à résoudre, peuvent également se présenter : d'abord, il peut arriver que le tribunal reçoive, dans le troisième mois, notification d'une dé-

cision rendue après les deux mois. Suivant certains auteurs (1), qui s'appuient sur l'autorité considérable de la Cour de cassation, on peut dire, qu'après tout le vœu des ordonnances est suffisamment rempli, dans ce cas, par la notification faite avant l'expiration du troisième mois, et que l'action de la justice étant nécessairement suspendue jusque-là, il n'y a ni danger, ni dommage pour aucun intérêt à donner effet à la décision qui est portée dans ce délai à la connaissance du tribunal saisi.

Dans l'espèce de la Cour de cassation (2), à laquelle on se réfère, les pièces du conflit étaient parvenues à la chancellerie le 22 juin, et l'ordonnance qui statuait sur le conflit n'était intervenue que le 25 août. Mais la notification avait été faite avant l'expiration des trois mois, c'est-à-dire avant le 22 septembre. La partie intéressée, ayant, nonobstant cette décision, formé une demande en reprise d'instance, la Cour de Rennes, par un arrêt fortement motivé du 28 janvier 1836 fit droit à cette demande. La Cour de cassation, à laquelle cet arrêt fut déféré, le cassa en se fondant sur ce que l'ordonnance de 1831, n'ayant pas reproduit la nullité prononcée par l'article 16 de l'ordonnance de 1828, les tribunaux ne peuvent pas prononcer une nullité qui n'a pas été établie par la loi.

Malgré l'autorité qui s'attache à tous les documents émanés de la Cour suprême, nous ne pouvons croire ce système bien fondé. L'ordonnance de 1831 n'a pas voulu, à notre avis, abroger l'article 16 de l'ordonnance de 1828 et supprimer la sanction qu'il avait établie. Elle a simplement substitué un délai fixe à un délai variable suivant

(1) Serrigny, t. I, n° 205; Dufour, t. III, n° 571.

(2) Arrêt du 31 juillet 1837; Dalloz, v° *Conflit*, 204.

les cas. L'expiration de ce nouveau délai, sans que le Tribunal des conflits ait statué, entraîne, comme par le passé, la déchéance du conflit et la justice peut reprendre son cours momentanément suspendu. D'ailleurs, comment expliquer que les auteurs de l'ordonnance aient fixé un délai de deux mois pour rendre le jugement et un autre pour le notifier, s'ils avaient entendu qu'une décision rendue dans le courant du troisième mois, serait opposable à l'autorité judiciaire?

Suivant M. Reverchon ⁽¹⁾, l'arrêt de 1837 « fait une très inexacte application du principe en vertu duquel les tribunaux ne peuvent prononcer des nullités que la loi n'a pas formellement établies. Même dans le droit commun, cela n'est vrai que des nullités d'exploits ou d'actes de procédure ; à plus forte raison, cet adage est-il sans valeur dans les matières administratives, où la loi ne prononce presque jamais de nullités et où cependant la nullité est la conséquence incontestée de la violation ou de l'inobservation des formes et conditions substantielles que doivent présenter les actes de l'administration. La déchéance, sinon la nullité, est catégoriquement prononcée par l'article 16 de l'ordonnance de 1828, qui ne nous paraît pas avoir été abrogée sur ce point. Enfin, s'il était vrai de dire que les déchéances et les présomptions ne peuvent être prononcées qu'autant qu'elles sont établies en termes sacramentels par la loi, il ne serait même pas possible de déclarer ici non avenue une décision qui n'interviendrait et ne serait notifiée qu'après tous les délais expirés et même après le jugement du fond ; car, si l'on admet l'abrogation de l'article 16 de l'ordonnance de 1828, il ne

(1) *Loc. cit.*, p. 566.

reste aucun texte, qui, même dans de tels cas, prononce explicitement cette déchéance.

Il peut encore arriver que le tribunal reçoive, avant d'avoir rendu un jugement au fond et après l'expiration du troisième mois, notification d'une décision rendue après les deux mois. Il me semble impossible de soutenir que, dans cette hypothèse, l'autorité judiciaire est encore tenue de s'arrêter devant une décision rendue et notifiée en dehors des deux délais impartis par l'ordonnance. Ce serait tomber dans l'arbitraire.

Enfin, troisième hypothèse, la décision sur le conflit peut avoir été rendue dans les deux mois et notifiée après le troisième mois. Le défaut de notification dans ce troisième mois, aura-t-il le même effet que le défaut de décision dans le premier délai? A coup sûr, si, après l'expiration du troisième mois, le tribunal, n'ayant reçu aucune notification a passé outre et statué sur le fond, son jugement est valablement rendu, car l'ordonnance de 1831 a attaché au simple défaut de notification l'effet d'autoriser les parties à reprendre l'instance et d'obliger la justice à la reprendre sur leur demande. Le doute ne peut exister que dans le cas où aucun jugement sur le fond n'a été rendu. Par un arrêt du 30 juin 1835, la Cour de cassation, constatant que l'article 7 de l'ordonnance de 1831 n'établit pas expressément, à l'égard de la décision rendue sur le conflit, la déchéance que l'ordonnance de 1828 prononçait à l'égard de l'arrêté de conflit, conclut que le défaut de notification dans le délai fixé ne peut pas autoriser les tribunaux à prononcer cette déchéance. On a encore fait remarquer, pour étayer cette solution, que le juge des conflits, s'étant conformé aux prescriptions légales en prononçant sur le conflit dans le

délai fixé, l'efficacité et l'exécution du décret intervenu ne sauraient être subordonnées à la diligence que mettra le ministre de la Justice dans la notification qu'il doit faire au tribunal dessaisi.

Cette solution est combattue par des arguments qui nous paraissent décisifs. Évidemment, dans ces deux arrêts de 1835 et 1837, la Cour suprême avait en vue des principes parfaitement exacts en règle générale, mais auxquels précisément l'ordonnance de 1828 a apporté une dérogation remarquable que l'ordonnance de 1831 a laissé subsister. A tort ou à raison, ce dernier texte législatif a établi un mode spécial de notification de la sentence intervenue; à tort ou à raison, elle a attaché au simple défaut de notification l'effet d'autoriser les parties à reprendre l'instance, momentanément suspendue par le conflit. Défaut de décision ou défaut de notification, pour les parties c'est tout un; n'étant recevables à vérifier que ce dernier point, il équivaut pour elles au défaut absolu de décision (1).

Rappelons ce que nous avons dit plus haut que le point de départ de ces deux importants délais est fixé par le jour où l'arrêté et les pièces sont arrivés à la chancellerie, que ce point de départ est constaté par l'accusé de réception du garde-des-sceaux et par l'inscription des dossiers sur un registre spécial.

Les pièces dont la réception fait courir le délai sont : les citations, les conclusions des parties, le déclinaire proposé par le préfet, les observations proposées par le ministère public, le jugement de compétence, l'arrêté de conflit.

(1) Reverchon, *loc. citat.*, p. 567.

La production de toute autre pièce, quelque importance qu'elle présentât pour le jugement, ne saurait modifier le point de départ du délai, décider autrement serait autoriser le juge du conflit à proroger le délai que l'ordonnance de 1831 a fixé à deux mois, sans aucune prolongation possible.

§ VI. *Nature et effets des décisions rendues au conflit.*

Les comités de législation et du contentieux du Conseil d'État, consultés en 1821, sur la nature des ordonnances rendues en matière de conflit, les avaient définies des actes de haute administration, ne pouvant sous aucun rapport être assimilées à des arrêts. Cette notion, vraie tant que le souverain prononçait lui-même par une ordonnance ou un décret rendu en Conseil d'État, nous semble inexacte aujourd'hui où une juridiction spéciale est appelée à se prononcer. Il est difficile de refuser à ces décisions la qualification de jugements, mais il est toujours vrai que les conflits positifs ne rentrent pas dans la catégorie des affaires contentieuses.

Plusieurs conséquences importantes découlent de ce principe. 1° Les décisions rendues sur conflit ne sont pas passibles des droits d'enregistrement établis sur les jugements et arrêts par l'article 47 de la loi du 20 avril 1816. — 2° Les décisions rendues sur conflit ne doivent prononcer aucune condamnation de dépens à la charge ou au profit des parties qui ont présenté des observations sur le conflit. 3° Enfin, ces mêmes parties n'étant pas directement intéressées au débat, ne peuvent présenter

que des observations, n'ont aucun droit à attaquer le décret intervenu, soit par opposition, soit par tierce-opposition, soit par requête civile; en un mot aucune voie de recours ne leur est ouverte contre ces décisions. La jurisprudence du Conseil d'État qui avait varié sur ce point a été définitivement fixée par l'ordonnance du 12 décembre 1821 qui portait : « Faute par les parties d'avoir dans le délai fixé remis leurs observations sur le conflit et les documents à l'appui, il serait passé outre au jugement du conflit sans qu'il y eût lieu à opposition ni à révision des ordonnances intervenues. »

L'article 10 du règlement du 28 octobre 1849 a reproduit cette règle : « Les décisions du Tribunal des conflits ne sont pas susceptibles d'opposition. » Elle subsiste toujours.

La jurisprudence n'admettant pas l'intervention des tiers devant le juge des conflits, la tierce opposition ne saurait être formée devant lui.

Aucun texte, dans les dispositions qui régissent la procédure devant le Tribunal, ne permet de supposer qu'un recours en révision soit possible devant lui.

Peut-on, du moins demander au Tribunal l'interprétation d'une décision dont les termes présenteraient quelque ambiguïté? Évidemment, si cette interprétation était demandée au Tribunal par une des parties intéressées, en dehors de toute contestation, une telle requête serait écartée. La jurisprudence a consacré cette décision (ordonnance du 23 mars 1836). Mais il n'en irait pas de même à notre avis, si la difficulté portant sur l'interprétation de la décision du Tribunal des conflits, se produisait devant le tribunal de nouveau saisi de l'affaire. L'autorité judiciaire aurait le droit de se déclarer incompé-

tente pour interpréter cette décision, et si elle passait outre, le préfet serait en droit d'élever un nouveau conflit (ordonnance du 2 juillet 1836). Dans le premier cas, le Tribunal des conflits ne saurait se refuser à admettre le pourvoi des parties en interprétation de sa décision car ce refus équivaldrait à un déni de justice. Nulle difficulté dans la deuxième hypothèse, où naturellement le Tribunal des conflits serait amené à trancher le débat.

Nous avons indiqué que le Tribunal des conflits peut donner au débat qui s'agite devant lui trois solutions différentes. Sa décision peut annuler l'arrêté de conflit, le confirmer, le confirmer sur certains points, l'annuler sur d'autres.

L'arrêté de conflit est annulé.—L'annulation peut porter sur le fond ou être prononcée pour vice de forme. Dans le premier cas, le Tribunal des conflits reconnaît la compétence de l'autorité judiciaire devant laquelle, le procès, momentanément interrompu, peut être repris. Quelle que soit la suite donnée à l'affaire, le préfet ne saurait être admis à élever de nouveau le conflit; il serait sans aucun droit pour le faire, alors même qu'il invoquerait en faveur de la compétence administrative des motifs tout autres que ceux énoncés dans l'arrêté qui a été annulé. En effet, le Tribunal n'a pas examiné seulement les arguments sur lesquels s'appuyait le préfet, mais il se prononce sur la revendication dans son entier ⁽¹⁾. Il en serait tout autrement, si le préfet revendiquait par un second arrêté l'examen d'une question préjudicielle, tandis que le premier arrêté annulé visait le fond même de l'affaire?

Le conflit pourrait être élevé de nouveau ⁽²⁾ lorsque

(1) Décret du 8 avril 1852.

(2) Ordonnance du 30 mars 1842.

l'annulation a été prononcée pour un vice de forme. Toutefois, plus de quinze jours s'étant écoulés, depuis le jour où le parquet a transmis au préfet le jugement qui a rejeté le déclinatoire qu'il avait présenté, la revendication du préfet ne pourrait se produire qu'en appel, ou devant la juridiction saisie après cassation. En annulant le conflit, le Tribunal des conflits n'a point à indiquer devant quelle juridiction les parties doivent revenir.

L'arrêté de conflit est confirmé. — L'autorité judiciaire est définitivement dessaisie et les actes de la procédure qui a été suivie devant elle sont considérés comme nonavenus. Généralement la décision qui confirme l'arrêté de conflit constate cette nullité.

Cette annulation qui comprend avec les autres pièces la citation, ne paralyse pas l'effet de la règle établie par l'article 2246 du Code civil : « La citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription. »

Dans l'hypothèse de la confirmation du conflit, comme dans le cas où il est annulé, le Tribunal qui la prononce n'a pas mission d'indiquer aux parties devant quelle autorité administrative elles doivent se pourvoir. Mais assez souvent cette indication résulte des visas de la décision, comme dans le cas où l'arrêté confirmé est basé sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui attribue compétence aux Conseils de préfecture.

L'arrêté est confirmé sur certains points, annulé sur d'autres. — Cette hypothèse se rencontre, par exemple, quand le Tribunal des conflits reconnaît qu'il y a lieu seulement à l'interprétation d'une question préjudicielle par l'autorité administrative, alors que le préfet avait revendiqué pour elle le jugement du fond.

Dans cette troisième alternative, on connaît les effets de la décision rendue, en combinant ce que nous avons dit sur les deux hypothèses précédentes. La partie de la procédure judiciaire, relative aux points du litige attribués à l'administration, sera annulée et l'autorité judiciaire sera dessaisie de toute cette partie du procès; compétente, au contraire, pour le surplus, elle en connaîtra sans être troublée par un nouvel arrêté de conflit.

Demandons-nous comment se règlent les dépens faits devant l'autorité judiciaire, avant que l'arrêté de conflit ait été pris?

Lorsque cet arrêté est annulé, l'autorité judiciaire, étant reconnue compétente, statuera sur les frais et dépens, comme sur le fond. Il en sera de même quand l'arrêté de conflit n'aura été annulé que pour partie; tels et tels chefs devant encore être portés devant elle, seule elle aura le droit de prononcer sur tous les frais antérieurement exposés devant elle.

Si l'autorité judiciaire est complètement dessaisie par la confirmation du conflit, la règle, « l'accessoire suit le principal, » sera applicable. Appelée à statuer sur le fond, la juridiction administrative statuera également sur les frais. Toutefois, ce droit pour l'administration est subordonné à la condition que le fond du litige soit porté devant elle, si par suite de quelque événement, une transaction, par exemple, les parties ne donnaient pas suite à leur procès, elles devraient se pourvoir devant un tribunal civil qui, suivant les règles ordinaires, procéderait à la liquidation et à la taxe des dépens et en opérerait entre les parties la répartition.

CHAPITRE III.

Du conflit négatif.



§ I. *Conditions de l'existence du conflit négatif.*

« Le conflit négatif est, en quelque sorte, la contrepartie du conflit positif; dans tous les deux, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se trouvent en présence, avec cette différence que, dans un cas, chacune des deux autorités veut s'attribuer la connaissance d'une même affaire, tandis que, dans l'autre, elles se déclarent respectivement incompétente (1). »

Nous avons vu que, dans le cas de conflit positif, l'intérêt public était menacé par la mise en jeu du principe de la séparation des pouvoirs. Rien de semblable dans le conflit négatif. L'interruption des cours de la justice, qui constitue ce conflit d'une nature toute spéciale, ne lèse que les parties en cause et que les intérêts privés engagés dans l'affaire.

(1) Boulatignier, *loc. citat.*, p. 580.

Jusqu'au règlement du 28 octobre 1849, la législation resta muette sur les conflits négatifs. Mais l'usage s'introduisit rapidement de se pourvoir devant l'autorité chargée du jugement des conflits positifs. L'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII, déclara le Conseil d'État compétent pour prononcer sur les conflits qui s'élevaient entre l'administration et les tribunaux, sans établir de distinction entre les deux natures de conflit. En l'absence de règles positives, ces affaires étaient déférées au Conseil d'État de diverses manières. Tantôt il était saisi par les parties qui s'adressaient directement à lui, tantôt par les ministres qui, dans l'intérêt de leur département, lui soumettaient le règlement du conflit. Plus souvent encore, le garde-des-sceaux, à la demande des parties, ou comme chef de la justice, requérait la solution de ces litiges.

Le comité du contentieux fixa progressivement la jurisprudence sur ce point. On admit en pratique, que les parties devaient solliciter le règlement du conflit, par requête signée d'un avocat au Conseil, lorsque les intérêts privés étaient seuls en présence. Lors, au contraire, qu'un service public était en cause, le ministre de la Justice saisissait le Conseil d'État. Cette procédure fut sommairement confirmée par l'article 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1821, qui disposa, qu'en ce qui concerne les conflits négatifs, il serait procédé comme par le passé.

L'ordonnance du 1^{er} juin 1828 a passé sous silence les conflits négatifs.

En déterminant la procédure devant la nouvelle juridiction que la constitution du 4 novembre 1848 venait de créer, le règlement du 28 octobre 1849, dans les ar-

tibles 17 et suivants, fixa la marche à suivre, en matière de conflits négatifs.

Ces règles survécurent au Tribunal des conflits et bien qu'en fait, le règlement de 1849 fût abrogé, le Conseil d'État de l'Empire continua à les appliquer.

Elles ont été remises en vigueur par l'article 27 de la loi du 24 mai 1872. Dans l'état actuel de notre législation, elles forment le seul texte applicable aux conflits négatifs.

Le conflit négatif résulte du seul fait que l'autorité judiciaire et l'autorité administrative appelées à statuer, sur une même contestation existant entre les mêmes parties, se sont l'une et l'autre déclarées incompétentes. Le concours de ces diverses conditions est nécessaire pour qu'il y ait conflit négatif d'attributions.

Si deux juridictions, appartenant toutes deux au même ordre, soit administratif, soit judiciaire, se déclaraient incompétentes, il y aurait un conflit négatif de juridictions, dont le règlement appartiendrait au tribunal hiérarchique supérieur dans l'ordre dont ce tribunal fait partie.

Il est évident, que si les deux autorités déclinaient leur compétence sur deux questions litigieuses différentes, il ne saurait en résulter un conflit.

Il faut encore, nous avons dit, que la contestation successivement soumise à un tribunal administratif et à l'autorité judiciaire soit pendante entre les mêmes parties. La chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties : pour les tiers, c'est « *res inter alios acta*. » Si donc, l'autorité judiciaire, par une juridiction constante, s'est toujours déclarée incompétente sur certaines questions et que dans une espèce analogue portée devant un tribunal ad-

ministériel, celui-ci ait décliné sa compétence, les parties ne sauraient prétendre qu'il y a conflit négatif, avant d'avoir saisi l'autorité judiciaire. Les solutions antérieures, données dans des espèces semblables, ne lient aucun tribunal, il n'y a donc pas de conflit.

Puisque le conflit négatif résulte d'une double déclaration d'incompétence, il ne peut exister que si la décision émanée de l'autorité administrative constitue un véritable jugement. Ainsi, un conseil de préfecture autorise une commune à intenter une action devant les tribunaux, en se fondant, dans les considérants de sa décision, sur ce que cette action appartient à l'autorité judiciaire, puis, le tribunal saisi se déclare incompétent. Quoiqu'il y ait dans cette espèce, contrariété certaine de deux décisions, l'une émanant de l'autorité administrative, l'autre du pouvoir judiciaire, il n'y a pas de conflit négatif. Le conseil de préfecture, en prenant un arrêté qui autorisait une commune à plaider en justice, a fait un acte de tutelle administrative et non un acte de juridiction.

Enfin, il ne suffit pas que les deux autorités aient refusé de connaître la même question, il faut encore que l'une d'elles soit réellement compétente pour en connaître; si les parties se trouvent sans juges, il faut que ce soit non par leur fait, mais par le fait de l'autorité qui, à tort, a décliné sa compétence. Par exemple, si les parties ont successivement saisi un conseil de préfecture et un tribunal de commerce, alors que la contestation rentrait dans la compétence d'un tribunal civil, c'est avec raison que les deux juridictions se sont déclarées incompétentes, il n'y a pas encore de conflit négatif.

Il n'est cependant pas nécessaire que les justiciables aient parcouru tous les degrés de juridiction devant l'au-

torité judiciaire et l'autorité administrative, pour être admis à demander le règlement du conflit. Sans doute, les voies de recours leur sont ouvertes et ils peuvent les épuiser toutes avant d'arriver à la voie extraordinaire du conflit, mais les lenteurs et les frais de toutes ces procédures ne leur sont pas imposées, et il leur est loisible de s'adresser directement au juge du conflit négatif, pour faire rétablir le cours interrompu de la justice.

§ II. *Règlement du conflit négatif.*

Les articles 17, 18 et 19 du règlement du 28 octobre 1849, déterminent expressément à qui il appartient de provoquer la solution du conflit négatif. « Lorsque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se sont respectivement déclarées incompétentes sur la même question, le recours devant le Tribunal des conflits pour faire régler la compétence est exercé directement par les parties intéressées » (art. 17).

« Lorsque l'affaire intéresse directement l'État, le recours peut être formé par le ministre dans les attributions duquel se trouve placé le service public que l'affaire concerne » (art. 18).

« Lorsque la déclaration d'incompétence émane d'une part de l'autorité administrative, de l'autre d'un tribunal statuant en matière de simple police ou de police correctionnelle, le recours peut en outre être formé par le ministre de la Justice » (art. 19).

La disposition de l'article 19, déjà consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État, n'est que l'application des règles ordinaires du droit. Dans les matières de simple

police ou correctionnelles, le ministère public peut agir en dehors de l'initiative que peuvent prendre les parties par voie de citation directe. Il fallait donc, pour que l'ordre public ne restât pas en souffrance quand le cours de la justice est interrompu, que son action fût rendue possible, par l'intermédiaire de son représentant le plus élevé.

Le règlement des conflits négatifs appartient au Tribunal des conflits. Le recours que les parties exercent devant ce tribunal, est formé par requête signée d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ⁽¹⁾. Les ministres s'adressent directement au garde-des-sceaux, lorsqu'ils désirent obtenir le règlement d'un conflit négatif.

Les règles de procédure établies par le règlement du 28 octobre 1849 et par la loi du 8 février 1850, sont applicables en matière de conflits négatifs. Toutefois, certaines dispositions spéciales à ces conflits ont été tracées par les articles 21, 22 et 23 du règlement de 1849.

« Lorsque le recours est formé par des particuliers, l'ordonnance de soit communiqué, rendue par le ministre de la Justice, président du Tribunal des conflits, doit être signifiée par les voies de droit dans le délai d'un mois. Ceux qui demeurent hors la France continentale ont, outre le délai d'un mois, celui qui est réglé par l'article 75 du Code de procédure civile (art. 21). »

« Lorsque le recours est formé par un ministre, il en est, dans le même délai, donné avis à la partie intéressée par la voie administrative. Dans les affaires qui intéressent l'État directement, si le recours est formé par la partie adverse, le ministre de la Justice est chargé d'assurer la

(1) Règlement du 28 octobre 1849, article 17, *in fine*.

communication du recours au ministre que l'affaire concerne (art. 22). »

« La partie à laquelle la notification a été faite est tenue, si elle réside sur le territoire continental, de répondre et de fournir ses défenses dans le délai d'un mois à partir de la notification. A l'égard des colonies et des pays étrangers, les délais seront réglés, ainsi qu'il appartiendra, par l'ordonnance de soit communiqué (art 23). »

La notification doit, en principe, être faite dans le délai d'un mois. Qu'arriverait-il si le requérant laissait expirer ce délai sans notifier à son adversaire sa demande en règlement de juges? On est généralement d'accord pour admettre que, même alors, sa demande devrait être accueillie. Après, comme avant la demande, le conflit négatif existe, et il faut nécessairement qu'il soit tranché pour que la contestation soit portée devant l'autorité compétente. D'ailleurs, un texte est indispensable lorsqu'il s'agit de la perte d'un droit pour en déclarer la déchéance, et le règlement ne dit pas que telle soit la sanction de l'expiration du délai.

Un mois est accordé à l'adversaire du requérant pour fournir ses défenses. Si, jusqu'à l'expiration de ce délai, il garde le silence, le Tribunal des conflits peut passer outre et statuer sur la question qui lui est soumise. Jusqu'à ce que la décision ait été rendue, rien ne s'oppose à ce que l'intéressé soit admis à présenter ses observations.

Aucun délai n'est imposé au Tribunal pour rendre son jugement.

Le juge des conflits indique dans sa décision quelle est l'autorité compétente pour statuer sur la contestation, il renvoie la cause et les parties devant elle; enfin il déclare non avenue la sentence par laquelle cette autorité

a décliné sa compétence. Si aucune des deux autorités, dont les jugements d'incompétence lui sont déférés, n'était compétente, le Tribunal déclarerait qu'il n'y a pas lieu à statuer.

Quant aux dépens, auxquels le tribunal peut certainement condamner, parce que la décision sur son conflit négatif rentre dans les matières contentieuses, ils sont généralement compensés, ou encore laissés d'avance à la charge de la partie qui succombera en fin de cause.

Le tribunal devant lequel a lieu le renvoi n'est pas lié sur les questions de compétence qui n'étaient pas engagées, dans le règlement du conflit négatif.

Il faut, sans aucun doute, appliquer aux décisions rendues sur conflit négatif la disposition de l'article 18 du règlement du 28 octobre 1848, qui déclare inattaquables par la voie de l'opposition, les sentences rendues par le Tribunal des conflits.

Le silence que garde ce règlement sur les autres voies de recours, la tierce opposition, la demande en révision, n'autorise pas à croire qu'elles puissent être suivies. Dans la pensée du législateur les décisions du Tribunal des conflits sont souveraines et définitives.

CHAPITRE IV.

Du conflit en Algérie et dans les colonies.



Il importe de mentionner, pour compléter notre étude, quelques dispositions spéciales à l'Algérie et aux colonies sur le mode d'élever et sur le règlement du conflit. Nous les examinerons rapidement.

ALGÉRIE.

L'exercice et le jugement du conflit en Algérie sont réglés par un arrêté du 30 décembre 1848.

Presque entièrement calqué sur les ordonnances de 1828 et de 1831, cet arrêté assimile l'Algérie à la métropole sous le rapport du règlement des conflits, sauf pour quelques points de détail. Les articles 2, 6 et 9 permettent de baser l'arrêté de conflit sur « une disposition, soit des lois générales, soit des ordonnances ou arrêtés ayant force de loi en Algérie, qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux. »

Le paragraphe 3 de l'article 6 impose l'obligation au procureur de la République ou au procureur général de faire connaître au Tribunal ou à la Cour, dans un délai de quinze jours, le déclinatoire proposé par le préfet.

Le délai accordé au préfet pour prendre son arrêté, soit après le rejet du déclinatoire, soit sur l'acte d'appel si le déclinatoire a été admis, est porté à un mois au lieu de quinze jours.

Nous avons remarqué la rédaction défectueuse de l'article 12 de l'ordonnance de 1828, qui semblait laisser au greffier le droit de juger si l'arrêté avait été ou non déposé en temps utile. Les mots *en temps utile* ont disparu dans l'arrêté du 30 décembre 1848, supprimant ainsi tous les doutes que ces termes avaient fait naître.

Le dossier du conflit doit être communiqué au ministre de la Guerre, qui est appelé à fournir les observations devant le Tribunal des conflits. Aux termes des articles 15 et 16 de l'arrêté, le délai de deux mois imparti à l'autorité pour juger le conflit, est porté à trois mois, et quarante jours au lieu d'un mois, sont accordés pour la notification de la décision.

Remarquons encore que, d'après la jurisprudence, le droit d'élever le conflit ne peut être contesté aux généraux qui, dans les territoires militaires de l'Algérie, remplissent les fonctions de préfet.

COLONIES.

La législation qui régit cette matière dans les colonies, présente des différences très marquées avec la législation de la métropole et de l'Algérie. La situation toute parti-

culière, dans laquelle se trouve placée l'administration de nos possessions d'outre mer, explique suffisamment ces différences.

L'ordonnance royale du 21 août 1825, applicable à l'île de la Réunion, a organisé un système qui a servi de modèle à toutes les ordonnances et décrets rendus depuis, au sujet des autres colonies (1).

Les articles 160 et 161 sont ainsi conçus :

« Art. 160. Le conseil privé connaît comme conseil du contentieux : 1° des conflits positifs et négatifs élevés par les chefs d'administration, chacun en ce qui le concerne et du renvoi devant l'autorité compétente lorsque l'affaire n'est pas de nature à être portée devant le conseil privé. 2°..., etc. »

« Art. 161. Les parties peuvent se pourvoir devant le Conseil d'État, par la voie du contentieux, contre les décisions rendues par le conseil privé, sur les matières énoncées en l'article précédent. Le recours n'a d'effet suspensif que dans le cas de conflit. »

Les chefs de services administratifs qui peuvent élever le conflit, sont : le contrôleur, l'ordonnateur, le directeur de l'intérieur, le procureur général chef du service de la justice. Ils ont à cet égard un pouvoir propre et ne sont pas tenus d'en référer au gouverneur (2).

Le conseil privé se compose du gouverneur, des chefs de service et de quelques notables habitants (3).

(1) Ordonnance 9 février 1827 (art. 176 et 177), Martinique; et Guadeloupe; *id.* 27 avril 1828 (art. 165 et 166), Guyane française; *id.* 23 juillet 1840 (art. 108 et 109), Établissements français de l'Inde; *id.* 7 septembre 1840 (art. 113 et 114), Sénégal; *id.* 18 septembre 1844 (art. 105 et 106), Saint-Pierre et Miquelon.

(2) Décret du 4 septembre 1856.

(3) Dalloz, *Répertoire, Organ. coloniale*, nos 279 et suiv.

Un décret du Conseil d'État du 24 décembre 1845, a décidé que le conflit pouvait être élevé sans déclinatoire, l'ordonnance de 1828 n'ayant pas été publiée dans les colonies.

Mais les principes généraux du droit sont obligatoires pour ce Conseil. C'est ainsi que la jurisprudence décide qu'il doit se borner à régler la compétence et ne peut se prononcer sur le fond de l'affaire, alors qu'il n'a pas été saisi par les parties et que la contestation ne rentre pas dans sa compétence (décret du 10 mai 1860), qu'il ne peut condamner aux dépens une partie qui adresse de simples observations sans poser de conclusions (*ibid.*), qu'il ne peut donner des ordres à l'autorité judiciaire et que notamment il excède ses pouvoirs, en défendant à un tribunal de s'immiscer à l'avenir dans l'affaire qui a donné lieu au conflit (ordonnance du 24 décembre 1845).

On s'est demandé si, depuis 1872, le Conseil d'État conserve la compétence qui résultait pour lui de l'article 161 de l'ordonnance du 21 août 1825 et des autres ordonnances analogues, ou si elle a été transférée au Tribunal des conflits. La question n'a pas été soulevée pratiquement jusqu'à ce jour. Suivant M. Reverchon ⁽¹⁾, la loi de 1872 n'a eu en vue que les conflits proprement dits, c'est-à-dire ceux qui sont élevés en France et en Algérie et sont réglés par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 et par l'arrêté du 13 décembre 1848. Nous inclinons à croire, avec lui, que la législation spéciale aux colonies, sur laquelle les lois des 24 mai 1872 et 4 février 1850 sont muettes, est demeurée en vigueur.

(1) Reverchon, *loc. cit.*, p. 188 et suiv.

POSITIONS.



DROIT ROMAIN.

I. Les actions de bonne foi, qui tendent à une restitution, une exhibition ou à une satisfaction ne consistant pas en argent, sont arbitraires.

II. L'action noxale n'est arbitraire que si l'action directe l'est elle-même.

III. Le *jussus judicis* est susceptible d'exécution forcée, dans le dernier état du droit formulaire.

IV. L'action *præscriptis verbis* est toujours de bonne foi.

V. L'action *venditi*, lorsqu'elle tend à faire triompher un pacte résolutoire joint à la vente, est arbitraire.

VI. Le défendeur seul pouvait faire donner le caractère arbitraire à l'action délivrée à la suite d'un interdit restitutoire ou exhibitoire.

DROIT CIVIL.

I. La femme séparée de biens ne peut pas, en dehors de l'administration, contracter des obligations personnelles exécutoires sur son mobilier.

II. Les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer au donataire le défaut de transcription.

III. La règle « *quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* » n'existe plus dans notre droit, l'article 1304 a limité la durée de l'exception, aussi bien que celle de l'action.

IV. L'emphytéose temporaire a été supprimée par le Code civil et ne saurait plus constituer aujourd'hui un droit réel immobilier au profit du preneur.

V. Dans le contrat de louage le preneur n'a qu'un droit purement personnel, une simple créance de jouissance.

VI. La constitution de dol est un titre lucratif quant à la femme, onéreux quant au mari.

VII. Un second acheteur peut exercer directement son action en garantie contre le vendeur primitif.

VIII. L'héritier pour partie, après qu'il a payé la part de dettes dont il est personnellement tenu, ne peut purger l'immeuble hypothéqué qui a été placé dans son lot.

DROIT COUTUMIER.

La maxime de Loysel : « En France puissance paternelle n'a lieu, » doit être entendue dans un sens restreint.

DROIT PÉNAL.

I. L'article 128 du Code pénal est applicable même dans le cas où la revendication faite par l'administration ne l'aurait pas été régulièrement.

II. La personne lésée par une infraction ne peut plus, après avoir soumis son action au tribunal de répression, se désister avant le jugement, pour saisir le tribunal civil.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Le conflit peut être élevé devant le juge des référés.

II. Le préfet compétent pour élever le conflit est toujours le préfet du département dans la circonscription duquel est situé le tribunal saisi du litige en première instance.

III. Le tribunal mis en face d'un arrêté de conflit même irrégulièrement élevé doit surseoir à toute procédure.

IV. L'abrogation de l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, prononcée par le décret du 19 septembre 1870, n'a pas eu pour conséquence de livrer aux tribunaux ordinaires l'appréciation des actes administratifs, à raison desquels les fonctionnaires publics seraient poursuivis devant eux.

V. Le tribunal judiciaire devant lequel le conflit est élevé n'a pas à apprécier la régularité de cet acte.

Vu par le Président de la thèse,

E. GARSONNET.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DES ACTIONS ARBITRAIRES.

	Pages.
CHAPITRE I. — Notions générales	3
CHAPITRE II. — Quelles actions sont arbitraires.....	9
§ 1. Actions <i>in rem</i> arbitraires.....	10
§ 2. Actions personnelles arbitraires	12
CHAPITRE III. — De l' <i>arbitrium judicis</i>	31
CHAPITRE IV. — Du <i>jussus judicis</i>	41
CHAPITRE V. — Des actions arbitraires sous Justinien.....	55
CHAPITRE VI. — De la règle <i>omnia judicia sunt absolutoria</i> ..	57
CHAPITRE VII. — Les actions arbitraires et le droit français...	60

DROIT FRANÇAIS.

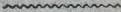
DES CONFLITS D'ATTRIBUTIONS.

CHAPITRE I. — Notions préliminaires et historiques	60
CHAPITRE II. — Du conflit positif	117
§ 1. Matières qui peuvent donner lieu au conflit positif et juridictions devant lesquelles il peut être élevé..	117

	Pages.
§ 2. Agent compétent pour élever le conflit.....	140
§ 3. Phase de l'instance judiciaire où le conflit peut être élevé.....	153
§ 4. Procédure à suivre devant le Tribunal saisi de la con- testation.....	162
§ 5. Autorité compétente pour statuer sur le conflit. Pro- cédure à suivre devant cette autorité.....	197
§ 6. Nature et effets des décisions rendues sur conflit....	239
CHAPITRE III. — Conflit négatif.....	244
§ 1. Conditions de l'existence du conflit négatif.....	244
§ 2. Règlement du conflit négatif.....	248
CHAPITRE IV. — Du conflit en Algérie et dans les colonies.....	252

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS



OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION



BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.